



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2018

**Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation,
Kommentar zu Art. 72 StGB**

Thommen, Marc ; Seelmann, Martin

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-198225>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Thommen, Marc; Seelmann, Martin (2018). Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation, Kommentar zu Art. 72 StGB. In: Ackermann, Jürg-Beat. Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen - Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei. Zürich: Schulthess Verlag, 1-42.

Art. 72 Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation

5. Einziehung

b. Einziehung von Vermögenswerten./Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation

Das Gericht verfügt die Einziehung aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Bei Vermögenswerten einer Person, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt hat (Art. 260^{ter}), wird die Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils vermutet.

Art. 72 Confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle

5. Confiscation

b. Confiscation de valeurs patrimoniales./Confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle

Le juge prononce la confiscation de toutes les valeurs patrimoniales sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition. Les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter}) sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation.

Art. 72 Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale

5. Confisca

b. Confisca di valori patrimoniali./Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale

Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260^{ter}) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione.

Materialien:

Vorentwurf und erläuternder Bericht zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, Bundesamt für Justiz, Juni 2017 (zit. VE-StGB/2017 bzw. Bericht VE-StGB/2017)

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BB1 2006, 1273 ff. (zit. Botschaft, BB1 2006)

Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafge-

- setzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II, 2108 ff. (zit. Botschaft, BBl 1999 II)
- Referendumsvorlage Schweizerisches Strafgesetzbuch, Militärstrafgesetz (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers), Änderung vom 18. März 1994, BBl 1994 II, 274 ff. (zit. Referendumsvorlage, BBl 1994 II)
- Botschaft vom 30. Juni 1993 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Revision des Einziehungsrechts), BBl 1993 III, 316 ff. (zit. Botschaft, BBl 1993 III)
- Referendumsvorlage vom 23. März 1990 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), Änderung, BBl 1990 I, 1608 ff. (zit. Referendumsvorlage, BBl 1990 I)
- Botschaft vom 12. Juni 1989 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), BBl 1989 II, 1089 ff. (zit. Botschaft, BBl 1989 II)

Ausgewählte Literatur:

- ACKERMANN J.-B./D'ADDARIO DI PAOLO G., Kriminelle Organisation als Geldwäschereivortat?, *forumpoenale* 2010, 177
- ARZT G., Einziehung und guter Glaube, in: Schmid N./Killias M. (Hrsg.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Bern 1996, 89
- DERS., Beweiserleichterungen bei der Einziehung, *recht* 1993, 77
- DERS., Organisierte Kriminalität – Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, *AJP* 1993, 1187
- BAUMANN E., Die Einziehung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1907
- BAUMANN F., Anmerkungen zu BGer, 11. März 2011, 1C_513/2010, *forumpoenale* 2011, 344
- BAUMGARTNER A., Die Zuständigkeit im Strafverfahren, Diss., Zürich 2014
- CASSANI U., La confiscation de l'argent des «potentats»: à qui incombe la preuve?, *Sem.jud.* 2009 II, 229
- DIES., L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent, *ZSR* 2008, 227
- DANNACHER M., Das neue Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) – Fluch oder Segen?, *SJZ* 2011, 481
- DIES., Aktuelle Fragen zum schweizerischen Einziehungsrecht, *Anwaltsrevue* 2009, 463
- DAPHINOFF M., Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss., Zürich 2012
- DONATSCH A. (Hrsg.), *StGB Kommentar*, 19. Aufl., Zürich 2013 (zit. *StGB Kommentar*¹⁹–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DONATSCH A./HANSJAKOB T./LIEBER V. (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. *ZK StPO*²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DRUEY J. N./DRUEY JUST E./GLANZMANN L., *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 11. Aufl., Zürich 2015
- DUPUIS M./GELLER B./MONNIER G./MOREILLON L./PIGUET C./BETTEX C./STOLL D. (Hrsg.), *Petit Commentaire, CP – Code pénal*, Basel 2012 (zit. *PC CP*, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER B./SCHINDLER B./SCHWEIZER R./VALLENDER K. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. *SGK BV*³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- ENGELWALD-DANNACHER M., Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtstaatlichen Grenzen? Zum Revisionsbedarf des Schweizerischen Einziehungsrechts im Hinblick auf Potentatengelder, *AJP* 2009, 288
- ESSER R., Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, Berlin 2002

- FISCHER T., Beck'scher Kurz-Kommentar Strafgesetzbuch, 63. Aufl., München 2016
- FORSTER M., Kollektive Kriminalität. Das Strafrecht vor der Herausforderung durch das organisierte Verbrechen, Basel 1998
- FRANK F., Art. 260^{ter} StGB als verbrecherische Vortat des Art. 305bis StGB?, in Jusletter 15. März 2010
- GASSER P., Von der vermuteten Unschuld des Geldes – Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Herkunft, in: Pieth M. (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Basel/Frankfurt 1992, 157
- GRABER C. K., Geldwäscherei, Ein Kommentar zu Artikel 305^{bis} und 305^{ter} StGB, Diss., Bern 1990
- HÄFELIN U./MÜLLER G./UHLMANN F., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016
- HAFTER E., Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, 418
- HETZER W., Gewinnabschöpfung und Steuerrecht, ZStrR 2000, 198
- HIRSIG-VOUILLOZ M., Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), AJP 2007, 1376
- HONSELL H./VOGT N./GEISER T. (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I⁵–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- HONSELL H./VOGT N./WATTER R. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II⁵–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- HONSELL H./VOGT N./WIEGAND W. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I⁶–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- KICK M., Die verbotene juristische Person unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Diss., Freiburg i.Ü. 1993
- KINDHÄUSER U./NEUMANN U./PAEFFGEN H.-U. (Hrsg.), Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. NK StGB⁴–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- KUNZ K.-L., Massnahmen gegen die organisierte Kriminalität. Eine Fallstudie praktischer Kriminalpolitik, plädoyer 1/1996, 32
- LEU N., Die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation, ZStrR 2017, 172
- MEYER J., Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe? ZRP 1990, 85 ff.
- MONFRINI E., The Abacha Case, in: Pieth M. (Hrsg.), Recovering Stolen Assets, Bern et al. 2008, 59
- NADELHOFFER DO CANTO S., Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten, Diss., Luzern 2008
- NIGGLI M. A./HEER M./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, (zit. BSK StPO²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NIGGLI M. A./WIPRÄCHTIGER H. (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I³–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DIES., Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK StGB II²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NOTH M./BÜHLER G./THOUVENIN F. (Hrsg.), Markenschutzgesetz (MschG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2009 (SHK MSchG–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- OBERHOLZER N., Acht Thesen zur Organisierten Kriminalität, plädoyer 1/2001, 32
- PAVLIDIS G., Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, Diss., Genf 2012
- PIETH M., Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016
- DERS., Die Herausgabe illegal erworbener Vermögenswerte an sog. «Failing States», in: FS Riklin 2007, 497 (zit. PIETH, FS Riklin)
- DERS., «Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen», die Überlegungen des Gesetzgebers, ZStrR 1995, 225
- PIETH M./NATTERER J., Landesbericht Schweiz, in: Kilchling M./Kaiser G. (Hrsg.), Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, Freiburg i. Br. 1997, 61

- SCHEFER M., Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001
- SCHMID N., (Hrsg.), Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID [2013])
- DERS., Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, StPO PK², Art. ... N ...)
- DERS., Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. Schmid EOVG²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DERS., Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., ZStrR 1995, 321
- SCHÖDLER S., Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, Diss. Luzern, Zürich 2012
- SCHÖNKE A./SCHRÖDER H./ESER A. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl., München 2014 (zit. S/S²⁹–BEARBEITER, § ... N ...)
- SCHUBARTH M., (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263 StGB), Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2007 (zit. SHK StGB–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- DERS., Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Bd., Art. 173–186 StGB, Bern 1984 (zit. SCHUBARTH [1984], Art. ... N ...)
- SCHWARZENEGGER C./HUG M./JOSITSCH D., Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007
- STOOS C., Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, Erste Hälfte, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien/Leipzig 1912 (zit. STOOS, AT²)
- DERS., Zur Natur der Vermögensstrafe, Diss., Bern 1878 (zit. STOOS [1878])
- STRATENWERTH G., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II²)
- STRATENWERTH G./WOHLERS W., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. ... N ...)
- THOMMEN M., Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil., Bern 2013
- TOPHINKE E., Das Grundrecht der Unschuldsvermutung – Aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Diss., Bern 2000
- TRECHSEL S., Human rights in criminal proceedings, Oxford 2005
- DERS., Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, SJZ 1981, 317
- TRECHSEL S./PIETH M. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. StGB PK²–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- TSCHIGG R., Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen, Diss., Bern 2003
- WALDMANN B./BESLER E./EPINEY A. (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit. BSK BV–BEARBEITER, Art. ... N ...)
- WESSLAU E., Verfassungsrechtliche Probleme der Vorschriften über den Erweiterten Verfall (§ 73d StGB), in: 20. Strafverteidigertag – Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1996, 141

Inhaltsverzeichnis

Note

I.	Einleitung	1
II.	Entstehungsgeschichte	4
	A. Revision 1994 – Kriminelle Organisation	4
	B. Revision 2002 – StGB AT	9
	C. Erneuter Revisionsbedarf?	11
III.	Rechtsvergleich	13
	A. Deutschland	13

B.	Vereinigtes Königreich	14
C.	Gesamteuropäische Bestrebungen	16
IV.	Grundlagen und Rechtsnatur	17
V.	Die einzelnen Tatbestandselemente	22
A.	Zuständigkeit («Das Gericht»)	22
1.	Sachliche Zuständigkeit	22
2.	Örtliche Zuständigkeit	25
B.	Verfügung der Einziehung («[...] verfügt»)	29
C.	Einziehungsobjekt («Vermögenswerte»)	33
D.	Einziehungsbetroffene	37
1.	Kriminelle Organisation	38
2.	Beteiligte/Unterstützer	43
3.	Weitere Einziehungsbetroffene	44
4.	Tod	45
E.	Einziehungsvoraussetzung («Verfügungsmacht»)	46
F.	Vermutung der Verfügungsmacht	50
G.	Beweis des Gegenteils	52
1.	Voraussetzungen	52
2.	Beweisthema	56
3.	Beweisumfang	61
4.	Unschuldsvermutung	63
H.	Rechtsfolge («Einziehung»)	73
I.	Verjährung	76
J.	Konkurrenz von Einziehungsbestimmungen	77

I. Einleitung

«Mit dieser neuen Einziehungsregel im Rahmen des organisierten Verbrechens gehen wir ja an sich – aber zu Recht – schon sehr, sehr weit.»¹ Diese Anmerkung, der mit Ausnahme der Aussage innerhalb der Gedankenstriche durchaus zuzustimmen ist, machte der damalige Bundesrat Arnold Koller im Rahmen der parlamentarischen Beratung zur Revision des Einziehungsrechts im Jahre 1994. So kann man die Bestimmung von Art. 72 StGB in gewissem Sinne als rechtliches Neuland bezeichnen, unterschied sich die Norm doch grundlegend von dem bis anhin geltenden Recht und stellte in Europa ein Novum dar.²

2

¹ Votum BR Arnold Koller, AmtlBull NR 1994, 67.

² HETZER, ZStrR 2000, 201; KUNZ, plädoyer 1/1996, 36; PIETH, ZStrR 1995, 237.

Art. 72 StGB bestimmt unter dem Titel «Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation», dass das Gericht die Einziehung aller Vermögenswerte verfügt, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Bei Vermögenswerten einer Person, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt hat (Art. 260^{ter} StGB), wird dabei die Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Die Bestimmung verfolgt das Ziel, die Bekämpfung des organisierten Verbrechens dadurch zu verbessern, dass Vermögenswerten, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen, erleichtert eingezogen werden können.

- 3 Bis heute blieb die praktische Relevanz dieser Bestimmung jedoch gering, weshalb bei deren Erläuterung auch auf keine umfangreiche Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Die Gründe für die geringe praktische Anwendung mögen unterschiedlicher Natur sein: Wohl war die Gefahr der organisierten Kriminalität in der Schweiz weit weniger gross, als im Zuge des Erlasses der Bestimmung befürchtet wurde.³ Des Weiteren enthält die Regelung eine Anzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die wiederum durch die geringe Anzahl höchstrichterlicher Entscheide keine genügende Klärung erfahren.⁴ Nicht zuletzt ist die in Satz zwei statuierte Beweislastumkehr rechtsstaatlich bedenklich; die Strafverfolgungsbehörden wollen möglicherweise das Risiko einer höchstrichterlichen Aufhebung nicht eingehen, weshalb sie eher auf alternative Einziehungstypen zurückgreifen. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist Art. 72 StGB *de lege ferenda* ersatzlos zu streichen.

II. Entstehungsgeschichte

A. Revision 1994 – Kriminelle Organisation

- 4 Mit dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 wurde die Beteiligung an und Unterstützung von kriminellen Organisationen für strafbar erklärt (Art. 260^{ter} StGB) und ein Melderecht für Financiers (Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB) eingeführt.⁵ Ferner wurden die Einziehungsbestimmungen grundlegend revidiert. Diese Revision ist nur zu verstehen, wenn man sie in den grösseren Gesetzgebungskontext zu Beginn der 1990er Jahre einbettet. Mit dem Bundesgesetz vom 23. März 1990, welches ab dem 1. August 1990 galt, wurden in der Schweiz die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) sowie die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB) erstmals unter Strafe gestellt.⁶ Damit wurde ein *erstes Massnahmenpaket* gegen

³ KUNZ, plädoyer 1/1996, 36; OBERHOLZER, plädoyer 1/2001, 32 ff.

⁴ TSCHIGG (2003), 143.

⁵ Referendumsvorlage BBl 1994 II, 274 ff.

⁶ Vgl. Referendumsvorlage, BBl 1990 I, 1608 f.

das organisierte Verbrechen geschnürt.⁷ Schon in den parlamentarischen Beratungen zum *ersten Massnahmenpaket* wurde indessen sowohl seitens des Bundesrates wie auch des Parlaments deutlich zum Ausdruck gebracht, dass eine effiziente Bekämpfung der organisierten Kriminalität zusätzliche strafrechtliche Mittel erfordere.⁸ Der Bundesrat fasste dabei am 28. November 1988 den Entscheid, die Ausarbeitung einer Strafnorm zur Bekämpfung der Geldwäscherei prioritär voranzutreiben.⁹ Im gleichen Entscheid beauftragte der Bundesrat das Bundesamt für Justiz auch, «die Einziehung nach Artikel 58 des Strafgesetzbuches auf seine [recte: ihre] Effizienz zu überprüfen und dem Bundesrat gegebenenfalls Änderungen zu beantragen».¹⁰ Eine Studienkommission wurde eingesetzt, die «bis zum Frühjahr 1989»¹¹, also innerhalb weniger Monate, einen Vorschlag erarbeiten sollte. Ausgehend vom Vorentwurf-Bernasconi, der die Geldwäscherei als strafbare Einziehungsvereitelung qualifizierte, hätte es nahegelegen, zusammen mit der Schaffung der Geldwäschereistrafnorm zugleich die Bestimmungen über die Einziehung auf den neusten Stand zu bringen. Auch die Studienkommission erkannte den engen Konnex zwischen dem vorgeschlagenen Geldwäschereiartikel und der Einziehung. Sie sah sich jedoch (verständlicherweise) ausser Stande, die Einziehungsregelung innert dieser kurzen Frist seriös zu überarbeiten. Mit Bundesratsbeschluss vom 10. Mai 1989 wurde die Neuregelung der Einziehung von der damals als dringlich eingestuften Gesetzgebung zur Geldwäscherei abgekoppelt und eine neue Studienkommission eingesetzt.¹²

Die von dieser neuen Studienkommission ausgearbeiteten Vorschläge fanden Eingang in den Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, welcher am 11. März 1991 in die Vernehmlassung gegeben wurde. In der Vernehmlassung wurde eine konzeptionelle Trennung der Sicherheits- und Abschöpfungseinziehung gefordert; ferner gab es grundsätzliche Debatten um die hier zu diskutierenden Beweiserleichterungen bei der Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen. Nach Verarbeitung der Vernehmlassungsergebnisse verabschiedete der Bundesrat am 30. Juni 1993 seine Botschaft sowie einen Gesetzesentwurf zur Revision des Einziehungsrechts, der Strafbarkeit der kriminellen Organisation und des Melderechts des Financiers,¹³ welche er dem Parlament als *zweites Massnahmenpaket*¹⁴ zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens unterbreitete.¹⁵ Nach der Vorstellung des Bundesrates war das primäre Ziel der Revision,

⁷ PIETH, ZStrR 1995, 225; TSCHIGG (2003), 5 ff.

⁸ Vgl. dazu Botschaft, BBl 1993 III, Fn. 23, 24.

⁹ Votum BR Arnold Koller zur Interpellation Salvioni (88.810), AmtlBull NR 1988, 1876.

¹⁰ Botschaft, BBl 1989 II, 1077 f.

¹¹ Botschaft, BBl 1989 II, 1077 f.

¹² Botschaft, BBl 1989 II, 1078; Botschaft, BBl 1993 III, 285; zum Gesetzgebungsverfahren im Detail Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 StGB N 3 ff.

¹³ Botschaft, BBl 1993 III, 277 ff.

¹⁴ So die Bezeichnung in der Botschaft, BBl 1993 III, 285 («[...D]as mit dieser Botschaft vorgelegte *«Zweite Massnahmenpaket gegen das organisierte Verbrechen»*»).

¹⁵ Mit Details zum Gesetzgebungsverfahren Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 69 StGB N 1 ff.; zum 1. und 2. Massnahmenpaket insb. PIETH, ZStrR 1995, 225 ff.

die erkannten Schwächen des Einziehungsrechts zu eliminieren, um «die Einziehung als Instrument gegen die Geldwäscherei und das organisierte Verbrechen wirkungsvoller zu gestalten»¹⁶.

- 6 Dabei wurde eine neuartige, speziell auf die Bekämpfung der organisierten Kriminalität ausgerichtete Einziehungsbestimmung geschaffen (Art. 59 Ziff. 3 StGB/1994, heute Art. 72 StGB), welche die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen – als deren *Betriebskapital* – erleichtern sollte.¹⁷ Nach dem bis zu jenem Zeitpunkt geltenden Recht konnte ein Vermögenswert nur dann eingezogen werden, wenn nachgewiesen werden konnte, aus welcher konkreten Straftat er stammte.¹⁸ Dieser Nachweis erwies sich jedoch im Bereich der organisierten Kriminalität oftmals als schwierig.¹⁹ Bezugspunkt sollte daher nicht mehr die kriminelle Herkunft des Vermögenswertes, sondern die *Verfügungsmacht* der kriminellen Organisation sein.²⁰ Überdies wurde im Falle der Erfüllung des Tatbestandes der Beteiligung an bzw. der Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) eine eigentliche *Beweislastumkehr* eingeführt.²¹ Damit ging diese Regelung viel weiter als die internationalen Standards zu jener Zeit: So enthält das Übereinkommen Nr. 141 des Europarats vom 8. November 1990 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten keine vergleichbare Bestimmung.²²
- 7 Mit der Einführung von Art. 59 Ziff. 3 StGB/1994 sollte durch Satz 1 überdies den Rechtshilfeproblematiken Rechnung getragen bzw. der rechtshilfewise Vollzug ausländischer Einziehungsentscheide – insbesondere im Verhältnis zu Ländern des angloamerikanischen Rechts und deren Eigenheiten wie *plea bargaining* – ermöglicht werden.²³ Bis anhin war nämlich die Einziehung eines Vermögenswerts nur möglich, wenn nachgewiesen werden konnte, aus welcher konkreten Straftat der Wert stammte. Nach Auffassung des Bundesrats konnte sich eine auf Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten beruhende Verurteilung hinsichtlich der Beweisforderungen des geltenden schweizerischen Einziehungsrechts als unzureichend erweisen.²⁴ Entgegen der Vorstellung des Bundesrats ergibt sich das Beweisdefizit – wenn überhaupt – nicht aus dem Umstand, dass eine Absprache

¹⁶ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 StGB N 2; vgl. zur Entstehungsgeschichte auch PIETH, ZStrR 1995, 232 ff.; SCHMID, ZStrR 1995, 322; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 133; THOMMEN, Vor Art. 69–73 StGB N 73; TSCHIGG (2003), 5 ff.

¹⁷ Botschaft, BBl 1993 III, 316; BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2; ENGEWALD-DANNACHER, AJP 2009, 288; FRANK, Jusletter vom 15. März 2010, N 8; PAVLIDIS (2012), 226; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 126; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 214; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 133.

¹⁸ Botschaft, BBl 1993 III, 317 unter Verweis auf GASSER (1992), 162 ff.

¹⁹ Botschaft, BBl 1993 III, 316.

²⁰ BGer, Urteil 6B_238/2013 vom 22. November 2013, E. 11.7.2.

²¹ Vgl. dazu hinten eingehend N 52 ff.

²² CASSANI, ZSR 2008, 336; PAVLIDIS (2012), 226.

²³ Botschaft, BBl 1993 III, 317 f.; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 126; DERS., ZStrR 1995, 345.

²⁴ Botschaft, BBl 1993 III, 317.

(*bargain*) getroffen wurde, sondern daraus, dass ein *guilty plea*, also ein Sich-Schuldig-Bekennen des Angeklagten an die Stelle eines gerichtlichen Schuld-nachweises tritt.²⁵ Der neue Einziehungsartikel ändert nichts an dieser Beweis-problematik. Denn wie noch zu zeigen sein wird, unterliegen sowohl die Verfü-gungsmacht der kriminellen Organisation als auch die Strafbarkeit des Beteiligten oder Unterstützers einem Strengbeweis, der – folgt man der bundesrätlichen Ar-gumentation – mit einem *guilty plea* nicht zu führen ist.²⁶

Trotz der rechtspolitisch und verfassungsrechtlich heiklen Beweislastumkehr zu- lasten des Einziehungsbetroffenen hat das Parlament den vom Bundesrat vorge- schlagenen Änderungen des Einziehungsrechts nach wenigen Erläuterungen ohne materielle Änderungen zugestimmt, womit Art. 59 Ziff. 3 StGB/1994 rasch ins geltende Recht überführt wurde.²⁷ 8

B. Revision 2002 – StGB AT

Im Rahmen der Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches – in Kraft seit dem 1. Januar 2007 – wurde die Bestimmung von Art. 59 Ziff. 3 in Art. 72 StGB überführt, wobei es jedoch zu keinen inhaltlichen Änderungen kam. Die ver- schiedenen Aspekte der Vermögenseinziehung, die in Art. 59 StGB in vier Ziffern und neun Absätzen geregelt waren, wurden im Rahmen der Gesamtrevision neu gegliedert und in drei Artikel unterteilt: Art. 70 StGB/2002 regelte neu die Grundsätze zur Einziehung von Vermögenswerten, Art. 71 die Ersatzforderungen. Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen wurde in Art. 72 erstmals in einer eigenständigen Bestimmung geregelt.²⁸ 9

In sprachlicher Hinsicht wurde lediglich die Formulierung «der Richter» durch 10 «das Gericht» ersetzt.

C. Erneuter Revisionsbedarf?

Am 14. Dezember 2012 hat Nationalrat Marco Romano eine Motion über die 11 «Einziehung von Vermögenswerten ausländischer krimineller Organisationen in der Schweiz» eingereicht.²⁹ Darin wurde der Bundesrat «beauftragt, eine Ände-

²⁵ Zur Unterscheidung von *plea bargains* und *guilty pleas* THOMMEN (2013), 158 f.

²⁶ Zum Verhältnis zwischen Schuldnachweis und Schuldeingeständnis THOMMEN (2013), 284 ff.

²⁷ S. etwa AmtlBull SR 1993, 981 f. sowie AmtlBull NR 1994, 55 ff. (Eintretensdebatte) und Amtl- Bull NR 1994, 64 ff. (Detailberatung); Referendumsvorlage, BBl 1994 II, 274 ff.; vgl. noch die gleichlautenden Bestimmungen im Entwurf: Botschaft, BBl 1993 III, 329 ff.; PIETH, ZStrR 1995, 233 ff.; TSCHIGG (2003), 10 f.; vgl. dazu eingehend hinten N 52 ff.

²⁸ BBl 1999 II, 2108; s. für eine ausführliche Darstellung THOMMEN, Vor Art. 69–73 StGB N 86 ff.

²⁹ Motion NR Marco Romano vom 14. Dezember 2012, Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Dossi- er-Nr. 12.4249.

rung des StGB vorzulegen, wonach die Strafverfolgungsbehörden des Bundes solche Vermögenswerte in der Schweiz einziehen können, und zwar unabhängig von der gerichtlichen Zuständigkeit». Zur Begründung wurde ausgeführt, dass eine Anpassung der Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen analog zu Artikel 24 Absatz 1 des Betäubungsmittelgesetzes die Bestimmung «schlagkräftiger» machen würde.³⁰ Der Bundesrat hielt in seiner Stellungnahme fest, dass für die Einziehung gemäss Artikel 72 StGB ausschlaggebend sei, dass die Vermögensbestandteile sich in der Schweiz befinden und der Verfügungsmacht der (ausländischen) kriminellen Organisation unterliegen würden. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass die Verwaltung von deliktischen Vermögenswerten einer Verbrechensorganisation eine Handlung zugunsten dieser kriminellen Organisation darstellen könne und in der Regel im Sinne von Artikel 260^{ter} StGB als Unterstützung oder Beteiligung zu betrachten sei, womit eine zusätzliche Anknüpfung für die Vornahme einer Einziehung gegeben sei. In jenen Fällen, wo mangels eines Anknüpfungspunkts in der Schweiz keine Strafuntersuchung eröffnet werde, hätten die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit, aufgrund eines ausländischen Rechtshilfeersuchens und gestützt auf Art. 18 IRSG die sich in der Schweiz befindenden Vermögenswerte vorsorglich und im Hinblick auf die Einziehung seitens der ausländischen Behörde zu beschlagnahmen. Die gesetzlichen Möglichkeiten der Einziehung von Vermögenswerten von ausländischen kriminellen Organisationen seien damit ausreichend. Der Bundesrat erachtete eine Anpassung oder Ausweitung der bewährten Regelungen daher nicht als angebracht oder notwendig und beantragte die Ablehnung der Motion.³¹

- 12 Am 25. September 2014 reichte Marco Romano erneut eine Motion über die «Änderung von Artikel 72 des Strafgesetzbuches. Vereinfachte selbstständige Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation» ein.³² Darin beauftragte er den Bundesrat, den «Artikel 72 des Strafgesetzbuches wie folgt zu ändern: «Das Gericht verfügt die Einziehung aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Bei Vermögenswerten einer Person, die sich an einer kriminellen Organisation, ob im Inland oder im Ausland, beteiligt oder sie unterstützt hat (Art. 260ter), wird die Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Die Einziehung wird auch verfügt, wenn die kriminelle Organisation in der Schweiz weder eine Straftat ausgeführt noch eine solche Tat geplant hat.»» Offenbar könne man nämlich Vermögenswerte nicht immer einzig auf der Grundlage, dass sie sich in der Schweiz befinden, einziehen; es wäre zusätzlich eine Grundlage oder eine Zuständigkeit für eine Strafuntersuchung notwendig. Daher sollten alle Vermögenswerte in der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation nach Artikel 260^{ter} StGB allein

³⁰ Motion NR Marco Romano vom 14. Dezember 2012, Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Dossier-Nr. 12.4249.

³¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Februar 2013 zur Motion NR Marco Romano vom 14. Dezember 2012, Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Dossier-Nr. 12.4249.

³² Motion NR Marco Romano vom 25. September 2014, Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Dossier-Nr. 14.3846.

schon deshalb eingezogen werden können, weil sie in der Schweiz liegen.³³ Der Bundesrat verwies in seiner Antwort auf die bereits bei der Motion vom 14. Dezember 2012 gemachten Aussagen. Eine Anpassung der bewährten Regelungen erscheine daher nicht als angebracht.³⁴ Die Motion wurde daraufhin am 14. September 2016 zurückgezogen.

Im Rahmen der Terrorismusbekämpfung legte der Bundesrat am 21. Juni 2017 einen Vorentwurf und einen erläuternden Bericht vor zum «Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität».³⁵ Mit dieser Vorlage soll eine Anpassung der Schweizerischen Gesetzgebung im Bereich der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung an die «aktuellen Erfordernisse» erfolgen und die Schweiz ihre Fähigkeiten zur internationalen Zusammenarbeit ausbauen.³⁶ Gemäss dem Vorentwurf soll Art. 260^{ter} StGB (Kriminelle Organisationen) verschärft werden, soweit *terroristische Organisationen* betroffen sind. Bezüglich der Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation müssten bei Art. 72 StGB entsprechend notwendige redaktionelle Anpassungen vorgenommen werden.³⁷ Neu wäre somit unter Art. 72 StGB die Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen *oder terroristischen* Organisation erfasst.³⁸

III. Rechtsvergleich

A. Deutschland

Das deutsche Verfallsrecht kennt mit § 73d Abs. 1 StGB/D³⁹ (erweiterter Verfall) eine mit Art. 72 StGB vergleichbare Bestimmung, wonach der Verfall bei be- 13

³³ Motion NR Marco Romano vom 25. September 2014, Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Dossier-Nr. 14.3846.

³⁴ Stellungnahme des Bundesrates vom 19. November 2014 zur Motion NR Marco Romano vom 25. September 2014, Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Dossier-Nr. 14.3846.

³⁵ S. VE-StGB/2017 sowie Bericht VE-StGB/2017.

³⁶ Bericht VE-StGB/2017, 2.

³⁷ Bericht VE-StGB/2017, 71.

³⁸ Vgl. Art. 72 VE-StGB/2017; eine entsprechende Anpassung wäre auch in Art. 52 MstG vorzunehmen (vgl. Bericht VE-StGB/2017, 72).

³⁹ § 73d Abs. 1 StGB/D: «¹ Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er

stimmten Delikten auch dann anzuordnen ist, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, dass diese Gegenstände für (andere) rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind.⁴⁰ Diese Bestimmung wurde im Jahr 1992 im Rahmen einer Neuorientierung der Kriminalpolitik mit dem Ziel eines rigorosen Zugriffs auf kriminelle Profite in das deutsche Strafgesetzbuch aufgenommen; dadurch sollte den Gerichten der in der Praxis schwer fhrbare Nachweis des Zusammenhangs zwischen einer Straftat und den konkret daraus entstammenden Vermögenswerten erleichtert werden.⁴¹ Obwohl diese Norm im Vergleich zur schweizerischen Regelung nur im Sinne einer Beweiserleichterung, und nicht als Beweisumkehr fungiert, sah sich der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren gleichwohl massiver Kritik ausgesetzt.⁴² Mit Entscheid vom 22. November 1994 versuchte sich der 4. Strafsenat des Deutschen Bundesgerichtshofs mit einer verfassungskonformen Auslegung dieser Norm, indem er festhielt, dass die Anordnung des erweiterten Verfalls nicht bereits bei «hoher Wahrscheinlichkeit» der deliktischen Herkunft zulässig sei, sondern erst dann, wenn der Tatrichter die «uneingeschränkte Überzeugung» gewonnen habe, dass die Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt worden seien.⁴³ Diese Auslegung wurde durch den 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Entscheid vom 14. Januar 2004 bestätigt.⁴⁴

B. Vereinigtes Königreich

- 14 Mit dem *Proceeds of Crime Act 2002 (POCA)* existiert auch im Vereinigten Königreich ein Erlass, der unter gewissen Voraussetzungen eine Beweiserleichterung bei der Einziehung von Vermögenswerten vorsieht. Erfolgt so gemäss *Section 6* POCA die Verurteilung der betroffenen Person, ist unter bestimmten Voraussetzungen zu bestimmen, ob sie einen sog. «*criminal lifestyle*» geführt hat (Paragraph 4). Dies wird gemäss *Section 75* etwa angenommen, wenn der Verurteilte alternativ entweder eine Straftat gemäss Anhang 2 des Erlasses begangen hat (Handel mit Betäubungsmitteln, Geldwäscherei, Waffenhandel etc.), die Straftat Teil eines «*course of criminal activity*» (abhängig von den Vorstrafen) mit finanziellem Gewinn von mindestens GBP 5'000 war oder wenn die Straftat über eine Zeitspanne von sechs Monaten begangen wurde, aus der wiederum ein finanzieller Gewinn von nicht weniger als GBP 5'000 resultierte.

den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 73b, und § 73 Abs. 2 gelten entsprechend».

⁴⁰ S/S²⁹–ESER, § 73d N 1.

⁴¹ ARZT, recht 1993, 82; NK StGB⁴–SALIGER, § 73d N 1.

⁴² Protokoll Nr. 31 der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 22. Januar 1992; s. auch FISCHER⁶³, § 73d StGB/D N 4 mit umfangreichem Verweis auf die Kritik in der Lehre; MEYER, ZRP 1990, 85 ff.; S/S²⁹–ESER, Vor § 73 N 2a.

⁴³ BGHSt 40, 371 ff.

⁴⁴ BVerfG NJW 04, 2073; kritisch dazu FISCHER⁶³, § 73d StGB/D N 6; NK StGB⁴–SALIGER, § 73d N 4; WESSLAU (1996), 143.

Wird dies bejaht, stellt das Gericht gemäss *Section 10* die folgenden vier Vermutungen auf um zu entscheiden, inwiefern der Betroffene von seinem allgemeinen sowie dem konkreten kriminellen Verhalten profitiert hat: So wird vermutet, dass (1) «[...] any property transferred to the defendant at any time after the relevant day was obtained by him [...] as a result of his general criminal conduct»; (2) «[...] any property held by the defendant at any time after the date of conviction was obtained by him [...] as a result of his general criminal conduct»; (3) «[...] any expenditure incurred by the defendant at any time after the relevant day was met from property obtained by him as a result of his general criminal conduct»; (4) «[...] for the purpose of valuing any property obtained (or assumed to have been obtained) by the defendant, he obtained it free of any other interests in it». Das Gericht kann jedoch von den Vermutungen «*in relation to particular property or expenditure*» absehen, wenn «*the assumption is shown to be incorrect*» oder wenn «*there would be a serious risk of injustice if the assumption were made*». Im Falle eines finanziellen Gewinns der betroffenen Person ist schliesslich gemäss *Section 6 (Paragraph 5)* die Einziehung der betreffenden Vermögenwerte anzuordnen. 15

C. Gesamteuropäische Bestrebungen

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union erliessen am 3. April 2014 die Richtlinie 2014/42/EU über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union. Gemäss Art. 1 Abs. 1 legt die Richtlinie Mindestvorschriften für die Einziehung von Vermögensgegenständen in Strafsachen sowie für die Sicherstellung solcher Vermögensgegenstände im Hinblick auf deren etwaige spätere Einziehung fest. Die Richtlinie findet gemäss Art. 3 lit. h insbesondere auch Anwendung auf Straftaten im Sinne des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität⁴⁵. Bei solchen Straftaten im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung sieht Art. 5 Ziff. 1 i.v.m. Art. 5 Ziff. 2 lit. b der Richtlinie eine sog. erweiterte Einziehung vor. Demgemäss sollen die Mitgliedstaaten darauf hinarbeiten, dass Vermögensgegenstände, die einer Person gehören, die wegen einer Straftat verurteilt ist, die direkt oder indirekt zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen kann, eingezogen werden können. Entsprechend soll auch die Einziehung von nicht unmittelbar aus Straftaten erlangten Beträgen möglich sein, wenn das Gericht aufgrund der Umstände des Falls, einschliesslich der konkreten Tatsachen und verfügbaren Beweismittel, zur Überzeugung kommt, dass die betreffenden Vermögensgegenstände aus Straftaten stammen. Hierbei vermutet die Richtlinie die illegale Herkunft der Vermögenwerte, wenn der Wert der Vermögensgegenstände in einem *Missverhältnis zum rechtmässigen Einkommen* der verurteilten Person steht. 16

⁴⁵ ABl. L 300/42.

IV. Grundlagen und Rechtsnatur

- 17 Anders als bei der Einziehung gemäss Art. 70 StGB handelt es sich bei der Einziehung nach 72 StGB grundsätzlich nicht um den Ausgleich deliktisch erlangter Vorteile, sondern um den Zugriff auf das *Betriebskapital* krimineller Organisationen.⁴⁶ Eine Einziehung nach Art. 72 StGB ist denn auch möglich, ohne dass nachgewiesen werden muss, aus welcher konkreten Tat ein bestimmter Vermögenswert stammt.⁴⁷ Insofern könnte man geneigt sein anzunehmen, dass es sich in erster Linie um eine Massnahme präventiver Natur handelt: Die Vermögenswerte sind einzuziehen, weil es zu gefährlich wäre, sie in der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation zu belassen.⁴⁸ Die Einziehung hat denn auch zum Ziel, das gesamte Kapital der Organisation zu erfassen und diese damit gleichsam in ihrem Lebensnerv zu treffen bzw. ihren Kreislauf dadurch lahmzulegen, dass ihr sowohl die deliktischen wie auch die nicht deliktischen Finanzmittel entzogen werden.⁴⁹ In diesem Lichte betrachtet, weist die Einziehung der Vermögenswerte krimineller Organisationen Ähnlichkeiten mit der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB auf.⁵⁰ Der Gegenstand, der zur Begehung einer Straftat gedient hat oder dazu bestimmt war und für die Öffentlichkeit auch künftig eine Gefahr darstellt, ist insofern gleichzusetzen mit Betriebskapital, das sich in der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation befindet. Da Geld oder sonstige Vermögenswerte weder als Tatinstrumente noch als Tatprodukte nach Art. 69 StGB eingezogen werden können,⁵¹ erscheint die Einziehung infolge Sozialgefährlichkeit von Vermögen aufgrund der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation als eine Art Spezialfall der Sicherungseinziehung.⁵² Der Sicherungseinziehung wird von einem grossen Teil der Lehre und Praxis ein (rein) präventiver Charakter zugesprochen.⁵³ Die präventive Natur von Art. 72 StGB wird damit begründet, dass die deliktische Herkunft der einzuziehenden Vermögenswerte gerade nicht vorausgesetzt ist. Allfällige «verborgene» repressive Züge würden durch den grundsätzlich präventiven Zweck der Massnahmen verdrängt.⁵⁴
- 18 Die überzeugenderen Argumente sprechen jedoch für eine – zumindest teilweise – repressive Natur der Einziehungsbestimmung. Ob eine Norm repressiven oder

⁴⁶ Botschaft, BBl 1993 III, 316; BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 2.

⁴⁷ BGE 131 II 169, E. 9.1; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1392.

⁴⁸ ENGEWALD-DANNACHER, AJP 2009, 288; PAVLIDIS (2012), 227; vgl. auch PIETH (2016), 92.

⁴⁹ BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129; NADELHOFER DO CANTO (2008), 11.

⁵⁰ PAVLIDIS (2012), 227.

⁵¹ Dazu Kommentierung in THOMMEN, Art. 69 StGB N 171 ff.

⁵² BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 69 N 16.

⁵³ BGer, Urteil 6B_659/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 5.1. («*Der Sicherungseinziehung kommt kein Strafcharakter zu. Sie ist vielmehr eine sachliche Massnahme zum Schutz der Allgemeinheit vor rechtsgutsgefährdender [Wieder-]Verwendung von gefährlichen Gegenständen.*»); Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 StGB N 13; SCHÖDLER (2012), 11; kritisch dazu THOMMEN, Art. 69 StGB N 68 ff.

⁵⁴ TSCHIGG (2003), 123.

präventiven Charakter hat, ergibt sich nämlich nicht nur aus dem mit ihr verfolgten Zweck (hier: die Bannung der Gefahren, die von einer kriminellen Organisation ausgehen), sondern auch aus ihren Auswirkungen.⁵⁵ So ist bereits aufgrund der drastischen Beweislastumkehr nach Art. 72 Satz 2 StGB zweifelhaft, ob die Einziehung wirklich einen rein präventiven Charakter hat. Die Einziehung droht nämlich gerade dann zu einer Strafe zu verkommen, wenn infolge der Umkehr der Beweislast möglicherweise legal erworbenes und verwendetes Vermögen bzw. solches Vermögen, das sich nicht in der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation befindet, erfasst wird.⁵⁶ Der von der Einziehung Betroffene wird hinsichtlich seines Vermögens in einem ersten Schritt quasi mit dem Verlust der Unschuldsvermutung «bestraft» sowie in einem zweiten Schritt auch mit dem Verlust seines gesamten, u.U. legal erworbenen Vermögens, falls ihm der Beweis des Gegenteils nicht gelingen sollte.⁵⁷ Die Einziehung wirkt sich auf die betroffene Person daher wie eine betragsmässig unbeschränkte Vermögensstrafe aus.⁵⁸

Gegen den rein präventiven Charakter wird ferner vorgebracht, dass es der Einziehung der Vermögenswerte nach Art. 72 Satz 2 StGB an der für präventive Sicherungsmassnahmen typischen Zweckbindung fehlt.⁵⁹ Anders als bei der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB⁶⁰ wird nämlich nicht geprüft, inwieweit – etwa bei definitiver Zerschlagung der kriminellen Organisation – für die Zukunft eine Gefahr des Missbrauchs besteht.⁶¹ Auch wird dem Angehörigen der kriminellen Organisation der Zugriff auf die Vermögenswerte für legale Zwecke, wie den Familienunterhalt, Krankenkassenprämien, Telefonrechnungen usw. untersagt.⁶² Wenn aber die Einziehung nach Art. 72 StGB nicht auf eine zukünftige Gefährdung ausgerichtet ist, so kann man sie im Sinne der Botschaft als Sanktion eigentlich nur noch damit legitimieren, dass die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegenden Vermögenswerte mit grosser Wahrscheinlichkeit deliktischer Herkunft sind.⁶³ Folgte man dieser Begründung, würden die Vermögenswerte nicht primär wegen ihrer Gefährlichkeit eingezogen, sondern *weil* sie aus einer Straftat stammen.⁶⁴ Damit würde man sich aber der Ausgleichseinzie-

⁵⁵ Vgl. S/S²⁹–ESER, § 73 N 19 («[...] ob eine Sanktion Strafcharakter hat, ergibt sich massgeblich aus ihren Zwecken und Wirkungen, von denen ihrerseits die entsprechenden Anordnungsvoraussetzungen abhängen [...]»).

⁵⁶ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 9.

⁵⁷ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 9; s. zum Beweis des Gegenteils hinten N 52 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu THOMMEN, Art. 69 StGB N 68 ff.; s. auch NADELHOFER DO CANTO (2008), 39; DANNACHER, SJZ 2011, 486.

⁵⁹ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 2.

⁶⁰ S. dazu THOMMEN, Art. 69 StGB N 256 ff.

⁶¹ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 2.

⁶² BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.3 («Er müsste die beschlagnahmten Vermögenswerte nur für einen legalen Zweck bestimmen und dabei Gewähr bieten, dass eine kriminelle Organisation darauf keinen Zugriff hat. Dies geht offensichtlich nicht an»).

⁶³ Botschaft, BBl 1993 III, 317; StGB Kommentar¹⁹–HUG, Art. 72 N 2; BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 9.

⁶⁴ Für Deutschland vgl. NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 7, wonach Gegenstände, von denen im Moment der Einziehung keine konkrete Gefahr ausgeht, bei Tätern und Teilnehmern eingezogen

hung annähern, bei der das Bundesgericht bereits zu Art. 58 StGB/1974 festgehalten hat, dass es sich um eine Einziehung mit repressivem Charakter handelt.⁶⁵ Auch die von der Botschaft, dem Bundesgericht und einem Teil der Lehre propagierte Zulassung des Entlastungsbeweises der legalen Herkunft bringt zum Ausdruck, dass es sich letztlich wieder nur um die Abschöpfung deliktisch erlangter Vermögenswerte handelt.⁶⁶

- 20 Selbst wenn man davon ausgeht, dass sich die Einziehung nach Art. 72 StGB eher an die Sicherungs- als an die Ausgleichseinziehung anlehnt, spricht viel für den pönalen Charakter der Massnahme, zumal auch bei der Sicherungseinziehung die pönalen Elemente überwiegen.⁶⁷ Ob eine Sanktion Strafcharakter hat, ergibt sich nämlich massgeblich aus ihren Zwecken und Wirkungen. Einer Sanktion kann daher nicht schon der Strafcharakter abgesprochen werden, weil es etwa am Verschuldenserfordernis fehlt.⁶⁸ Kann so eine Einziehung ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit angeordnet werden, ändert dies nichts daran, dass sie in den meisten Fällen gegen einen schuldfähigen Täter ausgesprochen wird und insoweit an dessen vergangener Straftat anknüpft und repressiv auf ihn einwirkt; sie bezweckt als Reaktion auf das Delikt, den Willen des Täters zu «*afficieren*».⁶⁹ Zwar soll bei der Sicherungseinziehung auf die Gefährlichkeit des Gegenstands abgestellt werden und diese damit präventiv wirken.⁷⁰ Ein solcher Gefährlichkeitsnachweis ist jedoch nicht sinnvoll zu führen, weil nicht Gegenstände, sondern Menschen gefährlich sind (z.B. Handy eines Drogendealers).⁷¹ Entsprechend knüpft auch die Sicherungseinziehung an eine Straftat an; dem Täter wird dabei die Sache nicht primär wegen ihrer Gefährlichkeit entzogen, sondern weil er damit delinquent hat.⁷² Die Einziehung verfolgt so den Zweck, repressiv auf den Täter einzuwirken.⁷³
- 21 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 72 StGB eine vorwiegend pönale Natur aufweist.⁷⁴ Inwiefern dies

werden, weil ihnen der «*Makel des sozialwidrigen Gebrauchs*» anhaftet; TOPHINKE (2000), 247; s. auch THOMMEN, Art. 69 StGB N 73.

⁶⁵ BGE 105 IV 169, E. 1 c («*Die Einziehung unrechtmässig erlangter Vermögensvorteile bezweckt somit nicht den Schutz der öffentlichen Sicherheit, sondern hat repressiven Charakter. Sie nähert sich der Strafe.*»); s. auch BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 2; TOPHINKE (2000), 247.

⁶⁶ Vgl. hinten N 58 ff.; TOPHINKE (2000), Fn. 341.

⁶⁷ STOOSS (1878), 32; DERS., AT², 246; s. dazu eingehend THOMMEN, Art. 69 StGB N 68 ff.

⁶⁸ Vgl. S/S²⁹–ESER, § 73 N 19.

⁶⁹ STOOSS (1878), 32; s.a. DERS., AT², 246; vgl. auch THOMMEN, Art. 69 StGB N 68.

⁷⁰ BGE 130 IV 143, E. 3.3.1 («*Die Sicherungseinziehung im Sinne von Art. 58 StGB ist eine sachliche Massnahme zum Schutz der Allgemeinheit vor rechtsgutgefährdender [Wieder-]Verwendung von gefährlichen Gegenständen*»).

⁷¹ Vgl. THOMMEN, Art. 69 StGB N 271 ff.; *de lege ferenda* ist deshalb bei Art. 69 StGB auf den Gefährlichkeitsnachweis zu verzichten und die Sicherungseinziehung auf ihren ursprünglichen pönalen Gedanken zurückzuführen: Gegenstände sind einzuziehen, weil damit delinquent wurde.

⁷² Für Deutschland vgl. NK StGB⁴–SALIGER, Vor §§ 73 N 7, wonach Gegenstände, von denen im Moment der Einziehung keine konkrete Gefahr ausgeht, bei Tätern und Teilnehmern eingezogen werden, weil ihnen der «*Makel des sozialwidrigen Gebrauchs*» anhaftet.

⁷³ STOOSS (1878), 32; s.a. DERS., AT², 246.

⁷⁴ So auch PC CP, Art. 72 N 3; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 190.

Auswirkungen auf die Beweislastumkehr bzw. die Geltung der Unschuldsvermutung hat, ist unter N 52 ff. eingehend zu behandeln.

V. Die einzelnen Tatbestandselemente

A. Zuständigkeit («Das Gericht»)

1. Sachliche Zuständigkeit

Nach dem Wortlaut von Art. 72 StGB ist «das Gericht» zuständig, die Einziehung der Vermögenswerte zu verfügen. Welches Gericht diesen Entscheid treffen kann, richtet sich in kantonalen Strafverfahren nach den einschlägigen Gerichtsorganisationsgesetzen.⁷⁵ Bei Strafsachen in Bundeszuständigkeit ist grundsätzlich die Strafkammer des Bundesstrafgerichts zuständig für die Einziehung von Vermögen krimineller Organisationen.⁷⁶ 22

Bereits 1946 plädierte ERNST HAFTER dafür, «Richter» bei Konfiskationen in einem weiten Sinne zu verstehen. Auch «Untersuchungsrichter etc.» seien deshalb zur Einziehung befugt.⁷⁷ Noch 1982 hatte das Bundesgericht entschieden, dass Einziehungsentscheide dem *Gericht* vorbehalten sind.⁷⁸ Heute ist neben dem eigentlichen Gericht auch die Staatsanwaltschaft für Einziehungen nach den Art. 69 ff. StGB zuständig.⁷⁹ Gemäss Art. 352 Abs. 2 StPO können die verschiedenen Einziehungsmassnahmen in einem Strafbefehl angeordnet werden.⁸⁰ Auch bei einer Verfahrenseinstellung «kann» die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 320 Abs. 2 23

⁷⁵ Für den Kanton Zürich vgl. etwa das Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1), § 22 (Zuständigkeit des Bezirksgerichts als Kollegialgericht) und § 27 Abs. 1 (Zuständigkeit des Einzelrichters des Bezirksgerichts); für den Kanton Basel-Stadt s. etwa das Gesetz vom 3. Juni 2015 betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft (GOG; SG 154.100), § 79 (Abs. 1: Zur Beurteilung aller Straftaten, die nicht in die Zuständigkeit anderer Behörden fallen, sind zuständig die Kammer, das Dreiergericht sowie das Einzelgericht des Strafgerichts; Abs. 2: Die Zuständigkeit richtet sich nach der zu erwartenden Strafe oder Massnahme. Ob eine Sache der Kammer, dem Dreiergericht oder dem Einzelgericht zuzuweisen ist, entscheidet die Verfahrensleiterin oder der Verfahrensleiter.).

⁷⁶ Art. 35 und Art. 36 StBOG.

⁷⁷ HAFTER, AT², 418.

⁷⁸ BGE 108 IV 154 («Entscheide gemäss Art. 58, 58bis und 59 StGB sind von einer richterlichen Instanz zu fällen; der Generalprokurator des Kantons Genf ist keine richterliche Instanz [E. 2]» [Regeste]); heute noch in diesem Sinne SHK MSchG–RÜETSCHI, Art. 68 N 3 («Für die Anordnung der Sicherungseinziehung zuständig sind ausschliesslich richterliche Behörden [BGE 108 IV 154, 157 – Einziehung], nicht dagegen die Untersuchungsbehörden»).

⁷⁹ Botschaft, BBl 2006, 1273; BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 10.

⁸⁰ BSK StPO²–RIKLIN, Art. 352 N 12; DAPHINOFF (2012) leitet die staatsanwaltschaftliche Einziehungskompetenz aus Art. 353 Abs. 1 lit. h StPO ab (496).

StPO die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten anordnen.⁸¹ Entgegen dem Gesetzestext steht ihr diesbezüglich kein Ermessen zu.⁸² Schliesslich ordnet die Staatsanwaltschaft bei gegebenen Voraussetzungen im selbständigen Einziehungsverfahren gemäss Art. 376 f. StPO – als Gegenstück zur sog. akzessorischen Einziehung im Rahmen eines Strafverfahrens – die Einziehung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 69–73 StGB an.⁸³

- 24 Grundsätzlich unbestritten ist, dass Einziehungsentscheide – sei es nun als «strafrechtliche Anklage» oder im Sinne «zivilrechtlicher Ansprüche» – unter den Schutz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen.⁸⁴ Dies bedeutet, dass Einziehungsbetroffene unter anderem Anspruch auf ein unabhängiges Gericht sowie auf eine öffentliche Verhandlung haben. Wird die Einziehung durch die Staatsanwaltschaft z.B. in einem Strafbefehl angeordnet, werden diese Ansprüche auf den ersten Blick nicht gewährt. Da jedoch der betroffenen Person die Möglichkeit offen steht, den Strafbefehl mittels Einsprache gemäss Art. 354 ff. StPO gerichtlich überprüfen zu lassen, werden die Gerichts- und Öffentlichkeitsgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht verletzt.⁸⁵ Verzichten so der Beschuldigte oder allfällige weitere von der Einziehung betroffene Personen wissentlich auf Einsprache gegen den Strafbefehl, gilt dies zugleich als Verzicht auf ihre Konventionsrechte.⁸⁶ Das Gleiche gilt, wenn Vermögenswerte in Einstellungsverfügungen oder selbständigen Einziehungsverfügungen staatsanwaltschaftlich eingezogen werden.

2. Örtliche Zuständigkeit

- 25 Wenn die Einziehung zusammen mit der Beurteilung der Tat *akzessorisch*⁸⁷ erfolgt, ist der Hauptsachenrichter auch für die Beurteilung der Einziehung zuständig.⁸⁸ Es gilt somit in der Regel der Gerichtsstand am Ort, an dem die Tat verübt wurde (Art. 31 Abs. 1 Satz 1 StPO). Dabei wird es sich grundsätzlich um Fälle handeln, in denen ein strafrechtliches Verfahren gegen die betroffene Person wegen Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen Organisation gemäss

⁸¹ BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 11; ZK StPO²–LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 320 N 6.

⁸² BStGer, Urteil BB.2011.32 vom 23. August 2011, E. 2.1 f. = fp 2012, 23 ff.; BSK StPO²–GRÄDEL/HEINIGER, Art. 320 N 11; ZK StPO²–LANDSHUT/BOSSHARD, Art. 320 N 6; StPO PK²–SCHMID, Art. 320 N 4.

⁸³ BSK StPO²–BAUMANN, Art. 376 N 7; DANNACHER, Anwaltsrevue 2009, 466.

⁸⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 StGB N 87; TSCHIGG (2003), 133; s. auch THOMMEN, Art. 69 StGB N 16.

⁸⁵ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 StGB N 87 («Dem Anspruch auf ein Gericht ist jedoch Genüge getan, wenn dieser allenfalls nur auf Einsprache gegen eine entsprechende Anordnung z.B. in einem Strafbefehl [...] tätig wird»); SCHÖDLER (2012), 30 ff.; zur EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren im Allg. THOMMEN (2013), 37 ff.; DERS., Art. 69 StGB N 16.

⁸⁶ THOMMEN (2013), 116 ff.; DERS., Art. 69 StGB N 16.

⁸⁷ Vgl. dazu vorne N 23.

⁸⁸ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 139; DERS., Art. 69 N 81 und BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 70/71 N 17, beide noch mit Hinweis auf die unterdessen aufgehobenen Art. 346 ff. StGB.

Art. 260^{ter} StGB hängig ist und darin über die Einziehung von Vermögenswerten entschieden wird, die der Verfügungsmacht einer solchen Organisation unterliegen.⁸⁹ Im Übrigen gelten die allgemeinen Gerichtsstandsregeln (Art. 31 ff. StPO).⁹⁰

Bei *selbständigen Einziehungen* richtet sich der Gerichtsstand nach Art. 37 StPO. 26
Nach Absatz 1 sind «selbstständige» Einziehungen im Sinne von Art. 376–378 StPO am Ort durchzuführen, an dem sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte befinden (sog. *locus rei sitae*).⁹¹ Forderungen befinden sich dort, wo der Schuldner seinen Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz hat; Guthaben liegen daher am Sitz der kontoführenden Bank.⁹² Soweit sich die einzuziehenden Gegenstände in mehreren Kantonen befinden und ein sachlicher Zusammenhang besteht, sind nach Art. 37 Abs. 2 StPO die Behörden des Ortes zuständig, an dem das Einziehungsverfahren zuerst eröffnet worden ist (sog. *forum praeventionis*).⁹³

Bei der örtlichen Zuständigkeit in *internationalen Verhältnissen* ist grundsätzlich 27
zwischen zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: Einerseits kann sich die kriminelle Organisation im Ausland befinden, während die Vermögenswerte in der Schweiz liegen. Dabei will ein Teil der Lehre eine Einziehung nach Art. 72 StGB auch dann ermöglichen, wenn die kriminelle Organisation in der Schweiz keine deliktische Tätigkeit ausübt.⁹⁴ Das Bundesgericht hält diesbezüglich jedoch zu Recht fest, dass die Einziehung nur möglich sei, wenn eine schweizerische Zuständigkeit für die Verfolgung einer Person vorliege, die sich an einer kriminellen Organisation i.S.v. Art. 260^{ter} StGB beteiligt hat.⁹⁵ Diese Problematik ist dann von untergeordneter Bedeutung, wenn bereits das Verwalten deliktischer Mittel durch Mitglieder der kriminellen Organisation in der Schweiz als Unterstützen der Organisation i.S.v. Art. 260^{ter} StGB zu qualifizieren ist, weil dann wiederum eine

⁸⁹ Vgl. so etwa BStGer, Urteil SK.2015.45 vom 18. März 2016, E. IX. 2.2 f.; TSCHIGG (2003), 140; s. zur örtlichen Zuständigkeit bei Art. 260^{ter} etwa BGer, Urteil 6B_107/2010 vom 22. Februar 2011, E. 2.3.

⁹⁰ Im Detail BSK StPO²–BARTETZKO, Art. 31 und Art. 32 sowie BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 33 ff.

⁹¹ BAUMGARTNER (2014), 347.

⁹² BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 17; BAUMGARTNER (2014), 348; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 128, 139.

⁹³ BAUMGARTNER (2014), 348; BSK StPO²–MOSER/SCHLAPBACH, Art. 37 N 4 f.; zum alten Recht noch: Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 69 StGB N 81 und BSK StGB II²–NAY/THOMMEN, Art. 344a N 2.

⁹⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 131, 230; DERS., ZStrR 1995, 332.

⁹⁵ BGE 128 IV 145, E. 2d («*La confiscation selon l'art. 59 CP de valeurs patrimoniales en relation avec une infraction est aussi soumise aux art. 3 à 7 CP. Elle ne peut être ordonnée que si l'infraction en cause ressortit à la compétence de la juridiction suisse*»); BGer, Urteil 6P.142/2004 und 6S.389/2004 vom 7. Februar 2005, E. 4.2 («*le droit suisse ne reconnaît pas de manière générale la confiscation au forum rei sitae [...] il faut admettre que la confiscation prévue à l'art. 59 ch. 3 CP implique que la juridiction suisse soit compétente pour poursuivre la personne propriétaire des valeurs délictueuses pour appartenance à une organisation criminelle au sens de l'art. 260ter CP*»).

schweizerische Zuständigkeit begründet ist.⁹⁶ In einem solchen Fall ist aber erforderlich, dass der Vermögensverwalter vorsätzlich handelt, mithin nicht nur ahnt, eine kriminelle Organisation zu unterstützen, sondern dies auch will. Falls ein Rechtshilfegesuch gemäss Art. 59 bzw. Art. 63 Abs. 2 lit. d i.v.m. Art. 74a IRSG bzw. in Anwendung der anwendbaren Rechtshilfeabkommen vorliegt, können die betreffenden Vermögenswerte ins Ausland transferiert und anschliessend durch die ausländischen Behörden eingezogen werden.⁹⁷

- 28 Die zweite Möglichkeit ist, dass die kriminelle Organisation in der Schweiz tätig ist, die Vermögenswerte sich jedoch im Ausland befinden. Eine Einziehung ist dann auf dem Rechtshilfegeweg möglich,⁹⁸ da grundsätzlich nur Vermögenswerte der Einziehung unterliegen, die sich in der Schweiz befinden.⁹⁹ So kann insbesondere gemäss Art. 13 ff. des Übereinkommens über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten bei einer Vertragspartei ein Ersuchen um Einziehung gestellt werden.¹⁰⁰

B. Verfügung der Einziehung («[...] verfügt»)

- 29 Gemäss Art. 72 StGB verfügt das Gericht die Einziehung aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Es handelt sich mithin nicht um eine Kann-Vorschrift, d.h. die Vermögenswerte sind bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen zwingend einzuziehen.¹⁰¹ Entsprechend liegt dessen Anwendung auch nicht im Ermessen des Gerichts.¹⁰²
- 30 Die Einziehung kann dabei auf unterschiedliche Arten verfügt werden. Einerseits etwa zusammen mit der materiellen Beurteilung einer Straftat. Zusammen mit Art. 72 StGB werden wohl meist Personen beurteilt, die eine kriminelle Organisation unterstützt oder sich an ihr beteiligt haben. (Art. 260^{ter} StGB). In diesem Zusammenhang spricht man von unselbständiger oder *akzessorischer Einziehung*.¹⁰³

⁹⁶ BGer, Urteil 6P.142/2004 und 6S.389/2004 vom 7. Februar 2005, E. 4.2 («*En outre, celui qui administre les fonds de l'organisation est punissable selon l'art. 260ter CP, dès lors qu'il soutient l'organisation. Il s'ensuit que la confiscation pourra être ordonnée en Suisse si les fonds sont gérés dans notre pays par un membre de l'organisation ou par un instrument utilisé à son insu*»); vgl. auch PAJAROLA/THOMMEN, Art. 260^{ter} StGB N 434, 448.

⁹⁷ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 24; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 231; s. zum Verhältnis Einziehung/Rechtshilfe BGE 115 Ib 517 = Praxis 1990 Nr. 210.

⁹⁸ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 214; vgl. auch TSCHIGG (2003), 138 ff.

⁹⁹ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 7; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 128; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 214.

¹⁰⁰ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 232; s. zur Teilung eingezogener Gegenstände und Vermögenswerte einschliesslich Ersatzforderungen (eingezogene Vermögenswerte) unter Kantonen, Bund und ausländischen Staaten das Bundesgesetz über die Teilung eingezogener Vermögenswerte (TEVG).

¹⁰¹ HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1392.

¹⁰² Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 127; DERS., ZStrR 1995, 345.

¹⁰³ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 16; TSCHIGG (2003), 133.

Diese kann entweder vom Staatsanwalt im Strafbefehl (Art. 352 Abs. 2 StPO)¹⁰⁴ oder vom Gericht im Sachurteil angeordnet werden (Art. 351 Abs. 1 StPO).¹⁰⁵ Meist erfolgen akzessorische Einziehungen in einer Verurteilung. Es ist aber grundsätzlich auch möglich, einen Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung akzessorisch mit einer Einziehung zu verbinden. Wenn z.B. der Unterstützer einer kriminellen Organisation infolge Schuldunfähigkeit freigesprochen wird, kann sein Vermögen gleichwohl eingezogen werden.¹⁰⁶

Schliesslich kann die Einziehung auch in einem (echten) *selbständigen Einziehungsverfahren* nach Art. 376 ff. StPO durch die Staatsanwaltschaft erfolgen.¹⁰⁷ Dies ist etwa im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens möglich.

Des Weiteren ist eine Einziehung auch in einem sog. *unechten selbständigen Einziehungsverfahren* möglich, wenn Vermögenswerte erst *nach* abgeschlossenem Gerichtsverfahren gefunden werden und über deren Einziehung zu entscheiden ist.¹⁰⁸ In der Sache handelt es sich bei den nachgeschobenen Einziehungen um einen nachträglichen Massnahmenentscheid (Art. 363 StPO), der allerdings nach den Vorschriften des selbständigen Einziehungsverfahrens zu treffen ist.¹⁰⁹

C. Einziehungsobjekt («Vermögenswerte»)

Als Gegenstand der Einziehung nach Art. 72 StGB fungieren wie bei der Ausgleichseinziehung *Vermögenswerte*. Unter diesen Begriff fallen die bereits unter Art. 70 StGB ausführlich behandelten Vermögensbestandteile¹¹⁰, die sich grundsätzlich in der Schweiz befinden müssen.¹¹¹ Dies ist etwa der Fall, wenn der Schuldner seinen Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz hat oder sich Guthaben auf Konten befinden, die in der Schweiz geführt werden.¹¹² Befinden sich die Vermögenswerte einer in der Schweiz tätigen kriminellen Organisation im Ausland, ist eine Einziehung auf dem Rechtshilfegeweg möglich.¹¹³

¹⁰⁴ BSK StPO²–RIKLIN, Art. 352 N 12.

¹⁰⁵ BSK StPO²–HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 351 N 12.

¹⁰⁶ BSK StPO²–BAUMANN, Art. 376 N 3; THOMMEN, Art. 69 StGB N 68, 94.

¹⁰⁷ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 16; THOMMEN, Art. 69 StGB N 48; TSCHIGG (2003), 133; vgl. auch SCHÖDLER (2012), 176 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 80; SCHÖDLER (2012), 177 f.; THOMMEN, Art. 69 StGB N 49.

¹⁰⁹ SCHMID (2013), N 1390 Fn. 104; BSK StPO²–HEER, Art. 363 N 1.

¹¹⁰ Vgl. dazu ausführlich die Kommentierung bei SCHOLL, Art. 70 StGB N 192 ff.; s. dazu auch Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 128; STRATENWERTH AT II², § 13 N 87; STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 70 N 2; TSCHIGG (2003), 32 ff.

¹¹¹ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 7; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 128; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 214.

¹¹² Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 128.

¹¹³ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 214; vgl. dazu ausführlich vorne N 28.

Bei den Vermögenswerten wesentlich ist, dass die Einziehung alle der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation unterliegenden Vermögenswerte unabhängig von ihrer Herkunft oder bisherigen Verwendung umfasst.¹¹⁴ Es spielt somit keine Rolle, ob es sich bei den Vermögenswerten um solche deliktischer oder nicht deliktischer Herkunft handelt.¹¹⁵ Dadurch sollen die kriminellen Organisationen auch in den Bereichen getroffen werden, in denen sie sich in die legale Wirtschaft eingebracht haben.¹¹⁶

- 35 In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, ob unter Art. 72 StGB Ersatzforderungen ausgefällt werden können. Ist etwa bei der normalen Vermögenseinziehung gemäss Art. 70 StGB ein bestimmter, der Einziehung unterliegender Vermögenswert nicht mehr vorhanden, erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates (Art. 71 StGB). Da alle Vermögenswerte in der Verfügungsmacht krimineller Organisationen der Einziehung nach Art. 72 StGB unterliegen,¹¹⁷ braucht hier im Gegensatz zur Ausgleichseinziehung nach Art. 70 StGB nicht zwischen unmittelbarem Deliktserlös, Surrogaten und sonstigem Vermögen unterschieden zu werden. Sind die Vermögenswerte der kriminellen Organisation jedoch nicht mehr vorhanden, kann mangels gesetzlicher Grundlage nicht auf eine Ersatzforderung erkannt werden. Aus ihrer systematischen Stellung in Art. 71 StGB geht klar hervor, dass sich die Ersatzforderung nur auf die Ausgleichseinziehung in Art. 70 StGB bezieht.¹¹⁸ Bereits in der ursprünglichen Regelung (Art. 59 StGB/1994) stand die Ersatzforderung in Ziff. 2 systematisch vor der Einziehung von Vermögenswerten krimineller Organisationen in Ziff. 3.
- 36 Die Gesetzesmaterialien und die h.L. sprechen sich des Weiteren für die Einziehung ganzer Vermögenskomplexe juristischer Personen, wie Unternehmen, mafiös beherrschte Banken usw. aus.¹¹⁹ Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass die Ge-

¹¹⁴ BStGer, Urteil BB.2015.77 vom 8. Dezember 2015, E. 3.2; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129.

¹¹⁵ Sem.jud. 1997, 1; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129; DERS., ZStrR 1995, 346; TSCHIGG (2003), 34.

¹¹⁶ BGer, Urteil 1B_79/2007 vom 27. November 2007, E. 4; BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2.

¹¹⁷ Vgl. dazu Botschaft, BBl 1993 III, 316; BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2; ENGELWALD-DANNACHER, AJP 2009, 288; PAVLIDIS (2012), 226; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 126; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 214; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 133; TSCHIGG (2003), 38.

¹¹⁸ Gegen die Möglichkeit der Ersatzforderung auch BSK StGB I³-BAUMANN, Art. 72 N 7, da an abstrakten Vorteilen keine «Verfügungsmacht» i.S.v. Art. 72 denkbar sei; vgl. auch TSCHIGG (2003), 34; a.A. Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB Fn. 663, demgemäss Ersatzforderungen im Bereich von Art. 72 nach Art. 71 nicht «undenkbar» seien.

¹¹⁹ AmtlBull SR 1993, 981, dort allerdings einschränkend bezüglich der Einziehung ganzer Banken Ständerat Zimmerli («Hat sich beispielsweise ein Bankdirektor der Unterstützung einer kriminellen Organisation schuldig gemacht, indem er das Finanzmanagement der Organisation über die Bank abwickelte, so unterliegt er der Beweislastumkehr von Artikel 59 Ziffer 2 des StGB-Entwurfes. Bei seinen Vermögenswerten wird bis zum Beweis des Gegenteils bei ihm die entziehungsbegründende Verfügungsmacht der Organisation vermutet. Diese Vermutung erstreckt sich aber keineswegs auf die Bank als solche, das muss klagestellt sein – es sei denn, der Bankdirek-

samtheit der von einer juristischen Person gehaltenen Vermögenswerte der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegt.¹²⁰

D. Einziehungsbetroffene

Das Gericht verfügt die Einziehung «aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen.» Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass für eine Einziehung einzig der Nachweis der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation erbracht werden muss. Diese Verfügungsmacht wird bei Vermögenswerten einer Person, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt hat (Art. 260^{ter} StGB), vermutet. Im Folgenden zu klären ist, wer als Einziehungsbetroffener in Frage kommt. 37

1. Kriminelle Organisation

Der Gesetzeswortlaut könnte darauf schliessen lassen, dass die kriminelle Organisation selbst Einziehungsbetroffene ist. Eingezogen werden Vermögenswerte in der Verfügungsmacht «*einer kriminellen Organisation*» (Art. 72 Satz 1 StGB). Bei der Verfügungsmacht einer Organisation denkt man zunächst an *juristische Personen*, welche selbständig Vermögenswerte halten können. 38

Dass die kriminelle Organisation selbst als juristische Person verfasst sein könnte, ist nur schwer vorstellbar. Hiergegen sprechen zunächst gesellschaftsrechtliche Gründe: Nach Art. 52 Abs. 3 ZGB können Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen.¹²¹ Widerrechtlichkeit meint dabei den Verstoß gegen eine objektiv zwingende Rechtsnorm (privat- oder öffentlich-rechtlich, eidgenössisch oder kantonal).¹²² Der Zweck der juristischen Person kann sich neben den statutarischen Vorgaben auch aus den tatsächlich verfolgten Zielen ergeben.¹²³ Kriminelle Organisationen verfolgen definitionsgemäss den Zweck, «Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern» (Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Wird die Organisation mit *anfänglich* widerrechtlichem Zweck gegründet, kann sie das Recht der Persönlichkeit grundsätzlich nicht erlangen.¹²⁴ Eine 39

tor sei Alleinaktionär, die Bank also Bestandteil seines Vermögens.»); FORSTER (1998), 39; PAVLIDIS (2012), 229 f.; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 128, 134; DERS., ZStrR 1995, 346; TSCHIGG (2003), 84 f.

¹²⁰ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 8; s. zur Frage der kriminellen Organisationen als Körperschaften TSCHIGG (2003), 46 f.

¹²¹ S. dazu auch LEU, ZStrR 2017, 180.

¹²² BGE 134 III 438, E. 2.2; BGer, Urteil 4A_173/2010 vom 22. Juni 2010, E. 2.2; BSK OR I⁶–HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 15.

¹²³ BGE 115 II 401, E. 1 a); BGE 79 II 113, E. 6.

¹²⁴ Differenzierend BSK ZGB I³–HUGUENIN/REITZE, Art. 52 N 16 («Die Nichtanerkennung der Rechtspersönlichkeit ist indessen nur für einen kleinen Teil der tatbestandsmässig von Art. 52

Ausnahme hiervon statuiert Art. 643 Abs. 2 OR, wonach eine Aktiengesellschaft das Recht der Persönlichkeit durch den Eintrag in das Handelsregister auch dann erwerben kann, wenn die Voraussetzungen dafür gar nicht vorhanden waren.¹²⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um leichte oder schwere Mängel handelt.¹²⁶ Man spricht von der *heilenden Wirkung des Registereintrags* (sog. Heilungstheorie).¹²⁷ Die Heilung bezieht sich jedoch lediglich auf die Rechtspersönlichkeit der AG, der rechtswidrige Zweck bleibt hingegen weiterhin bestehen.¹²⁸ Die einen widerrechtlichen Zweck verfolgende AG ist daher aufzulösen.¹²⁹ Diese Aufhebung hat durch ein Gestaltungsurteil *ex nunc* zu erfolgen,¹³⁰ was dazu führt, dass vor Rechtskraft des Urteils der AG eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Gleiches gilt wohl auch, wenn eine kriminelle Organisation eine bestehende Aktiengesellschaft vereinnahmt.¹³¹

- 40 Diese beiden Ausnahmen scheinen nahezulegen, dass es Situationen gibt, in denen eine kriminelle Organisation als juristische Person verfasst sein kann.¹³² Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass nicht nur gesellschaftsrechtliche, sondern auch strafrechtliche Gründe dagegen sprechen, eine juristische Person nach Art. 72 StGB zur Verantwortung zu ziehen. Das zeigt nur schon ein oberflächlicher Blick auf den Begriff der kriminellen Organisation, der Art. 260^{ter} StGB zugrunde liegt.¹³³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt der Begriff der kriminellen Organisation «eine strukturierte Gruppe von mindestens drei, im Allgemeinen mehr, Personen voraus, die mit dem Ziel geschaffen wurde, unabhängig von einer Änderung ihrer Zusammensetzung dauerhaft zu bestehen, und die sich namentlich durch die Unterwerfung ihrer Mitglieder unter Anweisungen, durch systematische Arbeitsteilung, durch Intransparenz und durch in allen Stadien ihrer verbrecherischen Tätigkeit vorherrschende Professionalität auszeichnet. Im Weiteren gehört zum Begriff der kriminellen Organisation die Geheimhaltung von Aufbau und Struktur [...] Zudem muss die Organisation den Zweck verfolgen, Ge-

Abs. 3 erfassten Fälle angemessen. Wie bei Art. 19 f. OR bzw. Art. 27 ZGB ist daher nach Massgabe des Schutzzwecks der verletzten Norm zu prüfen, ob die traditionelle Nichtigkeit die zur Beseitigung des Mangels notwendige Rechtsfolge darstellt»).

¹²⁵ BGE 112 II 1, E. 4 b) = Praxis 1986 Nr. 140, E. 4 b); BGE 110 Ib 105, E. 1 c); BGE 107 Ib 12, E. 1; KICK (1993), 83 ff.; BSK ZGB I⁵-HUGUENIN/REITZE, Art. 52 N 18; TSCHIGG (2003), 46.

¹²⁶ BSK OR II⁵-SCHENKER, Art. 643 N 6.

¹²⁷ BGE 112 II 1, E. 4 b) = Praxis 1986 Nr. 140, E. 4 b); KICK (1993), 83; BSK OR II⁵-SCHENKER, Art. 643 N 3; TSCHIGG (2003), 46.

¹²⁸ BSK ZGB I⁵-HUGUENIN/REITZE, Art. 52 N 18; KICK (1993), 84; BSK OR II⁵-SCHENKER, Art. 643 N 3.

¹²⁹ BGE 112 II 1, E. 4 b) = Praxis 1986 Nr. 140, E. 4 b); DRUEY/DRUEY/GLANZMANN (2015), § 15 N 25; BSK OR II⁵-SCHENKER, Art. 643 N 12.

¹³⁰ Schmid EOVG²-ARZT, Art. 260^{ter} StGB N 216; BSK ZGB I⁵-HUGUENIN/REITZE, Art. 57/58 N 9; BSK OR II⁵-SCHENKER, Art. 643 N 12; TSCHIGG (2003), 46; s. KICK (1993), 110 ff. m.w.H. zur rechtlichen Grundlage der dafür anzuwendenden Klage.

¹³¹ TSCHIGG (2003), 47; vgl. auch DRUEY/DRUEY/GLANZMANN (2015), § 15 N 25.

¹³² So etwa TSCHIGG (2003), 48 («Kriminelle Organisationen können [...] grundsätzlich eine eigene Rechtspersönlichkeit erlangen und auch subjektive Vermögensrechte innehaben»).

¹³³ Eingehend dazu die Kommentierung bei PAJAROLA/THOMMEN, Art. 260^{ter} StGB N 159 ff.

waltverbrechen zu begehen oder sich durch verbrecherische Mittel Einkünfte zu verschaffen [...]»¹³⁴. Nur schon die Unterwerfung der Mitglieder, deren Weisungsgebundenheit sowie die Arbeitsteilung zeigen, dass die Verbrechenorganisation nach Art. 260^{ter} StGB ein Verbund natürlicher Personen sein muss. Ferner können Gewaltverbrechen nur durch natürliche Personen begangen werden. Auch das Kriterium der Intransparenz passt nicht auf juristische Personen, deren Organzusammensetzung ohne weiteres aus dem Handelsregister ersichtlich ist.¹³⁵ Dass die kriminelle Organisation ein Zusammenschluss natürlicher Personen ist und nicht ein Verbund mit eigener Rechtspersönlichkeit, zeigt auch ein Blick auf die Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB. Danach wird das «Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft», wenn ihm vorzuwerfen ist, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen zu haben, um eine Straftat, also z.B. Art. 260^{ter} StGB, zu verhindern. Damit steht aber auch fest, dass die Straftat (Unterstützung der kriminellen Organisation) zwar aus dem Unternehmen heraus erfolgt, jedoch von natürlichen Personen ausgegangen sein muss.¹³⁶

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die kriminelle Organisation entgegen dem verwirrlichen Wortlaut von Art. 72 Satz 1 StGB nicht selbst Einziehungsbetroffene im Sinne von Art. 72 StGB sein kann. In den meisten Fällen fehlt ihr hierzu bereits die Rechtspersönlichkeit. Selbst wenn es in Ausnahmefällen möglich sein sollte, dass eine kriminelle Organisation (noch) das Gewand einer juristischen Person trägt, ergibt sich aus der strafrechtlichen Konzeption der Verbrechenorganisation, dass sie ein Verbund natürlicher Personen sein muss, der keine eigene Rechtspersönlichkeit hat.¹³⁷ Die kriminelle Organisation ist vielmehr darauf angewiesen, ihre Herrschaft über die in Frage stehenden Vermögenswerte durch die im Folgenden zu behandelnden Beteiligten und Unterstützer auszuüben.¹³⁸ 41

Von der Frage, ob die kriminelle Organisation selbst als juristische Person verfasst sein kann, ist die Frage zu unterscheiden, ob der Verbrechenverbund eine juristische Person für seine Zwecke einsetzen kann. Selbstverständlich kann die krimi- 42

¹³⁴ BGE 132 IV 132, E. 4.1.1; BGE 129 IV 271, E. 2.3.1 = Praxis 2004 Nr. 89, E. 2.3.1; im Wesentlichen bestätigt in BGE 133 IV 235, E. 4.2; das Bundesstraengericht hat die entsprechende Definition übernommen, vgl. BStGer, Urteil SK.2013.39 vom 2. Mai 2014, E. 1.2.2; vgl. auch Botschaft, BBl 1993 III, 297 f.; kriminelle Regierungen fallen nicht per se unter den Begriff der kriminellen Organisation, weshalb die Tauglichkeit von Art. 72 StGB zur Einziehung von Potentatengeldern diesbezüglich eingeschränkt wird. Eine Ausnahme davon machte das Bundesgericht im Fall der Familie Abacha, die es zur kriminellen Organisation erklärte und auf sie die Einziehung nach Art. 59 Ziff. 3 StGB/1994 anwendete (BGE 131 II 169, E. 9.1; vgl. dazu auch CASSANI, Sem.jud. 2009, 251; ENGEWALD-DANNACHER, AJP 2009, 291; PC CP, Art. 72 N 5 f.; PIETH, FS Riklin, 504; STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 72 N 2; StGB PK²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 2).

¹³⁵ DRUEY/DRUEY/GLANZMANN (2015), § 23 N 47 ff.; s. auch Schmid EOVG²-ARZT, Art. 260^{ter} StGB N 147; StGB PK²-TRECHSEL/VEST, Art. 260^{ter} N 5 (es werde «sich keine kriminelle Organisation ins Handelsregister eintragen»).

¹³⁶ Vgl. FORSTER (1998), 39.

¹³⁷ Schmid EOVG²-ARZT, Art. 260^{ter} StGB N 213.

¹³⁸ Schmid EOVG²-ARZT, Art. 260^{ter} StGB N 213.

nelle Organisation Strohfirmen¹³⁹ halten oder ihre Finanzgeschäfte über eine Bank oder eine Vermögensverwaltungsgesellschaft abwickeln lassen. Die Aktien der Strohfirma stellen dann einen Vermögenswert in der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation dar, welche nach dem Gesagten der Einziehung nach Art. 72 Satz 2 StGB unterliegen.¹⁴⁰ Die Bankmitarbeiter oder die Organe der Vermögensverwaltungsgesellschaft würden sich der Unterstützung einer kriminellen Organisation strafbar machen. Ihre Vermögenswerte könnten eingezogen werden, allerdings auch wiederum nur nach Art. 72 Satz 2 StGB. Das Gleiche gilt für die Unternehmung welche nicht verhindert (Art. 102 Abs. 2 StGB), dass in ihrem Betrieb kriminelle Organisationen unterstützt werden.

2. Beteiligte/Unterstützer

- 43 Aufgrund der Ausführungen im vorgangenen Abschnitt fallen als Einziehungsbetroffene *nur* Personen in Betracht, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt haben.¹⁴¹ Für diese sieht Art. 72 Satz 2 StGB denn auch eine Beweislastumkehr vor, welche die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation vermutet. Denkbar wäre wohl auch die Unterstützung einer kriminellen Organisation durch eine juristische Person,¹⁴² z.B. in Gestalt von Finanzdienstleistungen durch eine Bank oder Beratungsleistungen durch eine Anwaltskanzlei.

3. Weitere Einziehungsbetroffene

- 44 Auch Personen, die nicht Beteiligte oder Unterstützer einer kriminellen Organisation sind, können als Einziehungsbetroffene in Betracht kommen, wenn sie etwa der wirtschaftlichen Berechtigung von beteiligten oder unterstützenden Personen oder der kriminellen Organisation selber unterstehen.¹⁴³ Hierbei ist etwa an den Fall zu denken, bei dem ein Beteiligter oder Unterstützer für die kriminelle Organisation eine Aktiengesellschaft einsetzt, die von ihm beherrscht wird. In diesem

¹³⁹ Botschaft, BBl 1993 III, 318 («Zunächst ist festzuhalten, dass es nicht allein auf die rechtliche Verfügungsmacht ankommen kann. Ausschlaggebend muss vielmehr die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten und damit die tatsächliche Verfügungsmacht sein. Gerade angesichts der für das organisierte Verbrechen typischen Vermögensverwaltung über Strohfirmen und Strohmänner (aber auch über gutgläubige Dritte) muss der Durchgriff durch bloss scheinbare, formale Verfügungsberechtigungen auf die wirkliche wirtschaftliche Zugehörigkeit möglich sein, ansonsten eine Einziehung weitgehend illusorisch bliebe»).

¹⁴⁰ FORSTER (1998), 39; zur Frage der Einziehung des Unternehmens als Ganzes BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 6; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 134; DERS., ZStrR 1995, 348; TSCHIGG (2003), 84 f.

¹⁴¹ Schmid EOVG²–ARZT, Art. 260^{ter} StGB N 213, der darauf hinweist, dass deshalb in Art. 72 StGB gedanklich die Reihenfolge von Satz 1 und 2 zu tauschen sei; zur Beteiligung und Unterstützung vgl. Kommentierung von PAJAROLA/THOMMEN zu Art. 260^{ter} StGB N 374 ff.

¹⁴² BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 13; m.w.H. TSCHIGG (2003), 101 f.

¹⁴³ TSCHIGG (2003), 74 ff.

Fall ist die Aktiengesellschaft zugleich Einziehungsbetroffene und Einziehungsobjekt.

4. Tod

Was gilt, wenn die primär einziehungsbetroffene Person verstirbt? Kann sich die Einziehung nach Art. 72 StGB auch gegen ihre Erben richten? Bei der Sicherungseinziehung gilt, dass z.B. eine Tatwaffe eines verstorbenen Täters nur eingezogen werden kann, wenn sie auch in den Händen der Erben weiterhin eine Gefahr darstellt.¹⁴⁴ Dieser Gedanke lässt sich *ceteris paribus* auch auf die Einziehung nach Art. 72 StGB übertragen: Nur wenn die kriminelle Organisation auch nach dem Tod des primär Einziehungsbetroffenen weiter Verfügungsmacht über die Vermögenswerte hat, können diese eingezogen werden. Dies ist nur der Fall, wenn sich die Erben ihrerseits an der kriminellen Organisation beteiligen oder sie unterstützen.¹⁴⁵ Dann liegt aber streng genommen wiederum eine originäre Einziehung bei den Erben vor.

45

E. Einziehungsvoraussetzung («Verfügungsmacht»)

Als Einziehungsvoraussetzung wird die *Verfügungsmacht* der kriminellen Organisation an den einzuziehenden Vermögenswerten genannt. Den Materialien ist hierzu zu entnehmen, dass es sich beim Begriff der Verfügungsmacht im hier relevanten Sinn um einen eigenständigen Begriff des Strafrechts handle.¹⁴⁶ Es komme nicht allein auf die *rechtliche* Verfügungsmacht an. Ausschlaggebend müsse vielmehr die *wirtschaftliche* Berechtigung an den Vermögenswerten und damit die *tatsächliche* Verfügungsmacht sein.¹⁴⁷ ROBERTA TSCHIGG argumentiert, dass es sich allein schon aufgrund der Bezeichnung «Verfügungsmacht» – und nicht etwa «Verfügbefugnis» oder «Verfügungsrecht» – nicht um eine solche rechtlich

46

¹⁴⁴ Vgl. THOMMEN, Art. 69 StGB N 105.

¹⁴⁵ Frage offen gelassen in BStGer, Urteil BB.2014.4 vom 9. Mai 2014, E. 4.3.

¹⁴⁶ Vgl. etwa Votum Werner Marti, AmtlBull NR 1994, 64: «Und ich glaube, wir sind uns auch dahingehend einig, dass der Begriff der Verfügungsmacht klar ist. Das Bundesamt für Justiz hat der Kommission am 31. Januar 1994 noch einen entsprechenden Bericht unterbreitet, in welchem der Begriff der Verfügungsmacht klar umschrieben ist. Es wird dort ausgeführt, es handle sich um einen eigenständigen strafrechtlichen Begriff, welcher mit der rechtlichen Verfügungsmacht des Privatrechts nicht identisch ist.»; so auch Votum Moritz Leuenberger (66): «Die Verfügungsmacht im Sinne dieser neuen Bestimmung soll ein eigener strafrechtlicher Begriff sein, der mit der rechtlichen Verfügungsmacht des Privatrechts nicht identisch ist».

¹⁴⁷ Botschaft, BBl 1993 III, 318 unter Verweis auf Botschaft, BBl 1989 II, 1089 sowie GRABER (1990), 187 ff.; so auch BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 3, der dies auch damit begründet, dass die kriminelle Organisation nicht legal in Erscheinung tritt; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; StGB Kommentar¹⁹–HUG, Art. 72 N 3; PAVLIDIS (2012), 229; PC CP, Art. 72 N 7; STRATENWERTH AT II², § 13 N 136; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 2.

begründeter Art handeln könne.¹⁴⁸ Zur näheren Umschreibung der tatsächlichen Verfügungsmacht zieht der Bundesrat eine Parallele zum Gewahrsam.¹⁴⁹ Dagegen wurde zu Recht eingewendet, dass dieser Begriff zu eng ist, da sich der Gewahrsam nur auf (körperliche) Gegenstände beziehen kann.¹⁵⁰ Unkörperliche Vermögenswerte (wie z.B. Bankguthaben) wären dann wohl entgegen der gesetzgeberischen Intention nicht erfasst. Hier müsse genügen, dass die kriminelle Organisation rechtlich oder faktisch selbst – oder unter Zwischenschaltung von Mittelsmännern – über die Verwendung der fraglichen Werte bestimmen kann.¹⁵¹ Verfügungsmacht im Sinne von Art. 72 StGB bedeute entsprechend, dass die kriminelle Organisation die *faktische* Verfügungsgewalt über die in Frage stehenden Vermögenswerte ausübe und diese jederzeit für ihre Ziele einsetzen könne.¹⁵² An der Voraussetzung der jederzeitigen Verfügbarkeit fehle es, wenn die kriminelle Organisation nur durch weitere Straftaten wie z.B. Nötigung oder Erpressung an die Vermögenswerte gelangen könne.¹⁵³

- 47 Die Konzeption des Gesetzgebers, welcher in Art. 72 Satz 1 StGB an die (rechtliche oder tatsächliche) Verfügungsmacht der kriminellen Organisation anknüpfen möchte, erweist sich als unbrauchbar. Wie im vorgegangenen Kapitel (N 37 ff.) dargestellt wurde, kann sich die Einziehung nicht gegen die kriminelle Organisation selbst richten. Kriminelle Organisationen sind selbst grundsätzlich weder rechts- noch handlungsfähig. Sie können daher nicht Träger rechtlich geschützten Vermögens sein.¹⁵⁴ Ob und inwieweit einer kriminellen Organisation deshalb nur tatsächliche Verfügungsmacht in gewahrsamsähnlicher Form oder sogar rechtliche Befugnisse über Vermögenswerte zukommt, ist vor diesem Hintergrund keine zielführende Diskussion.

¹⁴⁸ TSCHIGG (2003), 38 f.

¹⁴⁹ Botschaft, BBl 1993 III, 318 («Kommt es mithin auf die tatsächliche Verfügungsmacht an, stellt sich die Frage, was diese beinhaltet. Verfügungsmacht als strafrechtlich relevanter Begriff ist grundsätzlich nichts Neues. Es kann hier namentlich an den Gewahrsam angeknüpft werden, welcher im Rahmen der Eigentumsdelikte eine bedeutsame Rolle spielt»).

¹⁵⁰ StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 2; vgl. auch TSCHIGG (2003), 86 f., die den Gewahrsamsbegriff lediglich als Auslegungshilfe sieht.

¹⁵¹ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 134; DERS., ZStrR 1995, 348.

¹⁵² BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2; HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; PAVLIDIS (2012), 229; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 132; DERS., ZStrR 1995, 347; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH (2007), 215; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 136; kritisch dazu StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 4, der ausführt, dass es letztlich wohl doch eher auf das rechtliche Dürfen als auf das faktische Können ankommen müsse. Das rein «Faktische» könne nämlich keine Auskunft darüber geben, wer legitimerweise als «wirtschaftlich Berechtigter» an einem Vermögenswert betrachtet werden könne.

¹⁵³ Botschaft, BBl 1993 III, 319 f.; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB Fn. 686; STRATENWERTH, AT II², § 13 Fn. 185; TSCHIGG (2003), 79 ff.

¹⁵⁴ Vgl. dazu vorne N 41; Schmid EOVG²–ARZT, Art. 260^{ter} StGB N 213; LEU, ZStrR 2017, 180; PAVLIDIS (2012), 229; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 126; TSCHIGG (2003), 39.

Die Verfügungsmacht kann nur Personen zukommen, die der Organisation angehören, für sie tätig sind oder von ihr beherrscht werden.¹⁵⁵ Betroffen von der Einziehung sind immer natürliche oder juristische Personen in ihrer Funktion als Beteiligte oder Unterstützer. Dies bedeutet, dass sich die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation im Ergebnis immer auf das (Privat-)Vermögen der beteiligten Personen erstreckt.¹⁵⁶ Die Einziehung von Vermögenswerten in der «Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation» (Art. 72 Satz 1 StGB) erfolgt mit anderen Worten *immer* nach Art. 72 Satz 2 StGB.

Von Seiten der Lehre wurde insofern die Befürchtung geäußert, dass unter der Flagge der Vermutung der Verfügungsmacht im Einziehungsverfahren den Mitgliedern einer kriminellen Organisation im vermögensrechtlichen Bereich praktisch die Rechtsfähigkeit aberkannt werde, die Art. 11 ZGB «jedermann» gewähre.¹⁵⁷ In der Lehre und Praxis kam daher die Forderung auf, dass eine Anwendung von Art. 72 StGB auf das (Privat-)Vermögen dann nicht stattfinden solle, wenn es sich dabei um solches legaler Herkunft handelt.¹⁵⁸ Diese Forderung steht jedoch im Widerspruch zum Grundgedanken der Einziehung nach Art. 72 StGB, die gerade nicht an die deliktische Herkunft, sondern an die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation anknüpfen will.¹⁵⁹

F. Vermutung der Verfügungsmacht

Nach Art. 72 Satz 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung aller Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Nach der gesetzgeberischen Konzeption ist hier zwar nicht die *illegale Herkunft* der Vermögenswerte zu beweisen, wohl aber die *Verfügungsmacht* der kriminellen

¹⁵⁵ StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 5; LEU, ZStrR 2017, 180; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 132; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 136; TSCHIGG (2003), 39.

¹⁵⁶ In diesem Sinne verwirklicht noch das Votum Moritz Leuenberger, AmtlBull NR 1994, 64: «*Beim Hauptakteur, also beim Mafiaboss, wird zudem vermutet, dass all sein Vermögen, auch sein privates Vermögen, das er unter Umständen auch legal erworben hat, in den Dienst der kriminellen Organisation gestellt wird, d. h., auch dieses Vermögen kann bei ihm eingezogen werden*»; m.w.H. LEU, ZStrR 2017, 183.

¹⁵⁷ So etwa ARZT, AJP 1993, 1192.

¹⁵⁸ Botschaft, BB1 1993 III, 320; BGE 136 IV 4, E. 5 = Praxis 2010 Nr. 105, E. 5 («*L'intéressé peut se libérer en démontrant l'origine licite des avoirs, mais aussi l'absence de pouvoir de disposition de l'organisation criminelle*») unter Verweis auf CASSANI, Sem.jud. 2009, 249; BGer, Urteil 6B_144/2011 vom 16. September 2011, E. 6.3.2 («*La presunzione dell'art. 72 CP può essere rovesciata dimostrando l'origine lecita degli averi o l'assenza di potere di disposizione dell'organizzazione criminale*»); FORSTER (1998), 38; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB Fn. 686; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 3.

¹⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich hinten N 56 ff.; ACKERMANN/D'ADDARIO DI PAOLO, fp 2010, 181; BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 11; ENGELWALD-DANNACHER, AJP 2009, 291; TSCHIGG (2003), 114 f., die festhält, dass das Konzept von Art. 72 StGB nicht nachträglich «*durch die Hintertür des Beweisthemas*» mit dem Herkunftsprinzip «*verwässert*» werden sollte.

Organisation.¹⁶⁰ Da jedoch wie gesehen die kriminelle Organisation selbst nicht Einziehungsbetroffene sein kann,¹⁶¹ ist insofern nur Art. 72 Satz 2 von Belang: Bei Vermögenswerten einer Person, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt hat (Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB), wird die *Verfügungsmacht* der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils *vermutet*. Dies führt dazu, dass von den Strafverfolgungsbehörden lediglich die *Vermutungsbasis*, d.h. das Bestehen einer kriminellen Organisation und die Beziehung des Einziehungsbetroffenen zu dieser zu beweisen ist, nicht jedoch deren Verfügungsmacht über die in Frage stehenden Vermögenswerte.¹⁶² Bei belegter Vermutungsbasis unterliegen alle Vermögenswerte von Beteiligten und Unterstützern somit – vorbehaltlich des Beweises des Gegenteils – der Einziehung.¹⁶³ Für die Vermutungsbasis selbst ist aber immerhin die Erbringung des vollen Beweises zu verlangen.¹⁶⁴

- 51 Im Ergebnis beinhaltet Art. 72 StGB eine dreifache Beweiserleichterung: (1) muss bei den Vermögenswerten der Organisation nicht bewiesen werden, dass sie aus Straftaten stammen; (2) muss die Mitwirkung bei einer einzelnen Straftat bei denjenigen nicht bewiesen werden, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder diese unterstützt haben und (3) muss bei deren Vermögenswerten nicht nachgewiesen sein, dass sie der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation unterstehen.¹⁶⁵

G. Beweis des Gegenteils

1. Voraussetzungen

- 52 Die Vermutung der Verfügungsmacht bleibt gemäss Art. 72 Satz 2 StGB solange bestehen, bis die von der Einziehung betroffene Person den *Beweis des Gegenteils* erbringt. Wie die Botschaft ausführt, handelt es sich dabei rechtstechnisch gesehen um eine *Beweislastumkehr*.¹⁶⁶ Der Gesetzgeber ging bei Erlass der Bestimmung davon aus, dass bei einer Person, die sich nachweislich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder diese unterstützt hat, zumindest ein Verdacht bestehe, dass sie ihr Vermögen in Zusammenhang mit dieser deliktischen Tätigkeit erworben habe und dieses auch weiterhin für die Organisation verfügbar sei. Dabei gehe es in einem gewissen Sinne um eine Kontaminierung von Vermögenswerten des Betroffenen, die sich aus seinem strafbaren Vorverhalten ergebe. Unter diesen Umständen erscheine es daher trotz rechtsstaatlicher Bedenken als zumutbar, der be-

¹⁶⁰ BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2; TSCHIGG (2003), 99.

¹⁶¹ Vgl. vorne N 41.

¹⁶² BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2.

¹⁶³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 188; DERS., ZStrR 1995, 348.

¹⁶⁴ TSCHIGG(2003), 104; SHK StGB–VEST, Art. 260^{ter} N 77.

¹⁶⁵ BGE 138 IV 1 ff. = Praxis 2012 Nr. 81; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 134; STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 72 N 1.

¹⁶⁶ Botschaft, BBl 1993 III, 319; PAVLIDIS (2012), 231.

treffenden Person den Nachweis für solche Tatsachen aufzuerlegen, welche diesen Verdacht entkräften.¹⁶⁷

Art. 72 Satz 2 StGB knüpft an Personen an, die an einer kriminellen Organisation beteiligt sind oder diese unterstützen, d.h. als Täter im Sinne von Art. 260^{ter} StGB in Betracht fallen. Nicht notwendig ist dabei eine entsprechende *Verurteilung* der betroffenen Person.¹⁶⁸ Sofern über diese Beziehung kein Urteil vorliegt, ist über diese Frage «nach schweizerischem Recht unter Gewährung der Unschuldsvermutung und unter Einräumung sämtlicher Verteidigungsrechte in einem öffentlichen Verfahren zu entscheiden»¹⁶⁹. Dies wird in der Regel zu einem Schuldspruch i.S.v. Art. 260^{ter} StGB führen.¹⁷⁰ Grundlage der Beweislastumkehr könne gemäss Bundesgericht auch ein ausländisches Urteil sein.¹⁷¹ Dem ist mit Blick auf Art. 260^{ter} Ziff. 3 StGB nur zuzustimmen, sofern die kriminelle Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder (zumindest) teilweise auch in der Schweiz ausübt.

Ausgeschlossen ist die Beweislastumkehr in Fällen, in denen die betroffene Person im In- oder Ausland wegen des Tatbestandes von Art. 260^{ter} StGB freigesprochen wurde.¹⁷² Des Weiteren fordert ein Teil der Lehre, dass die Beweislastumkehr nicht auf eigentliche Opfer der kriminellen Organisation, z.B. die Opfer regelmässiger Schutzgelderpressungen, angewendet wird.¹⁷³ Da in diesen Fällen die kriminelle Organisation oftmals nur durch weitere Straftaten wie Nötigung oder Erpressung an die Vermögenswerte gelangen könne, fehle es ohnehin an der Voraussetzung der jederzeitigen Verfügbarkeit und damit an der für die Einziehung erforderlichen Verfügungsmacht.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Botschaft, BBl 1993 III, 319; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 188; DERS., ZStrR 1995, 348.

¹⁶⁸ BGer, Urteil 6B_144/2011 vom 16. September 2011, E. 2.2 («È certo ipotizzabile che la persona interessata sia condannata in Svizzera in applicazione dell'art. 260ter CP, ma, contrariamente a quanto sembra ritenere il ricorrente, una tale condanna non è necessaria»); BGer, Urteil 6P.142/2004 und 6S.389/2004 vom 7. Februar 2005, E. 4.1 («Il est certes pensable que la personne concernée ait été condamnée en Suisse, en application de l'art. 260ter CP. Contrairement à ce que soutiennent les recourantes, une telle condamnation n'est toutefois pas nécessaire. Si aucun jugement ne se prononce sur l'appartenance au crime organisé, le juge devra trancher si la personne concernée a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle au sens de l'art. 260ter CP»); PAVLIDIS (2012), 230.

¹⁶⁹ BSK StGB I³-BAUMANN, Art. 72 N 14; vgl. auch TOPHINKE (2000), 257.

¹⁷⁰ BSK StGB I³-BAUMANN, Art. 72 N 14; s. aber Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 192, der darauf hinweist, dass ein ausbleibender Schuldspruch jedoch auch denkbar ist, wenn konkrete Straftatbestände (z.B. Geldwäscherei) im Sinne unechter Konkurrenz Art. 260^{ter} StGB vorgehen.

¹⁷¹ BGer, Urteil vom 27. August 1996, abgedruckt in Sem.jud. 1997, 1 ff.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 191; TOPHINKE (2000), Fn. 374; TSCHIGG (2003), 104.

¹⁷² Grds. gleich, jedoch mit Einschränkung in Bezug auf neue Anhaltspunkte BSK StGB I³-BAUMANN, Art. 72 N 14; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 192; DERS., ZStrR 1995, 350; TOPHINKE (2000), 252; TSCHIGG (2003), 104.

¹⁷³ ARZT, AJP 1993, Fn. 30; StGB PK²-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 3.

¹⁷⁴ Botschaft, BBl 1993 III, 319 f.; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB Fn. 686; STRATEN-WERTH, AT II², § 13 Fn. 185; TSCHIGG (2003), 79 ff.; vgl. auch vorne N 46.

- 55 In zeitlicher Hinsicht werden schliesslich nur Vermögenswerte erfasst, die der betroffenen Person während ihrer Zugehörigkeit zur Organisation zugeflossen sind.¹⁷⁵ Die dem Einziehungsbetroffenen später zugeflossenen Vermögenswerte fallen nicht unter die Beweislastumkehr. Bei diesen Vermögenswerten besteht kein Verdacht, dass sie der Verbrechensorganisation noch zur Verfügung stehen, zumal der Betroffene nicht länger in die Organisation eingebunden ist.¹⁷⁶

2. Beweisthema

- 56 Bejaht die zuständige Behörde die Voraussetzungen der Beweislastumkehr bezüglich gewisser Vermögenswerte bzw. Vermögenskomplexe, so hat der Betroffene zu beweisen, dass die davon betroffenen Vermögenswerte nicht der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation unterliegen.¹⁷⁷ Dies kann geschehen, indem die betroffene Person den Nachweis fehlender Herrschaftsmöglichkeit oder fehlenden Herrschaftswillens der kriminellen Organisation erbringt.¹⁷⁸ Teilweise wird vertreten, dass der Nachweis fehlenden Herrschaftswillens nicht ausreiche, weil Beteiligte und Unterstützer der Organisation dann nur den Herrschaftswillen übereinstimmend verneinen müssten.¹⁷⁹ Damit werden jedoch Beweisthema und Beweiswürdigung vermengt. Ob man den Einziehungsbetroffenen den fehlenden Herrschaftswillen abnimmt, ist nur eine Frage der Beweiswürdigung.
- 57 Von diesem Beweis des Gegenteils abzugrenzen ist der sog. Gegenbeweis, der auf die Entkräftung der Vermutungsprämissen zielt, d.h. auf die Beteiligung/Unterstützung der kriminellen Organisation oder die formelle oder wirtschaftliche Berechtigung des Einziehungsbetroffenen an den in Frage stehenden Vermögenswerten.¹⁸⁰

58

¹⁷⁵ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 193; TSCHIGG (2003), 107.

¹⁷⁶ TSCHIGG (2003), 108.

¹⁷⁷ Botschaft, BBl 1993 III, 319; BGer, Urteil 1B_79/2007 vom 27. November 2007, E. 4; BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2; SCHMID, ZStrR 1995, 352.

¹⁷⁸ Botschaft, BBl 1993 III, 319; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 200; DERS., ZStrR 1995, 352.

¹⁷⁹ So etwa TSCHIGG (2003), 111; vgl. auch ARZT, AJP 1993, Fn. 31: «Denkbar, aber unerfreulich ist die wechselseitige Erteilung von «Vermögenszugriffsnegativattesten» durch verurteilte oder in Strafverfahren verwickelte Organisationsmitglieder».

¹⁸⁰ TSCHIGG (2003), 108 f.; zur Definition der Begriffe «Gegenbeweis» und «Beweis des Gegenteils» s. BSK ZPO²–GUYAN, Art. 154 N 2 («Gegenbeweis ist der Beweis des Beweisgegners der Partei, welche den Hauptbeweis führt [...] Der «Beweis des Gegenteils» bezweckt die Widerlegung von gesetzlichen Vermutungen [...] und ist ein Hauptbeweis»); vgl. auch BStGer, Urteil SK.2015.45 vom 18. März 2016, E. 2.3, wo der Einziehungsbetroffene seine wirtschaftliche Berechtigung bestritt («Der Beschuldigte 2 hat sich der Unterstützung einer kriminellen Organisation schuldig gemacht. Den Entlastungsbeweis nach Art. 72 StGB hat er nicht geführt. Er hat angegeben, dass das Geld dem Beschuldigten 1 gehöre, wobei dieser sich an der kriminellen Organisation IS beteiligt hat, weshalb auch jenem gegenüber Art. 72 StGB Anwendung fände [...] Der genannte Geldbetrag ist einzuziehen»).

Umstritten ist, ob die fehlende Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation das einzig mögliche Beweisthema des Beweises des Gegenteils ist. So führt die Botschaft entgegen dem Wortlaut der Bestimmung aus, dass «ferner [...] auch der Nachweis, dass ein bestimmter Vermögenswert vom Betroffenen legal erworben wurde, geeignet [ist], die Vermutung zu entkräften».¹⁸¹ Diese Möglichkeit wurde ebenfalls in der parlamentarischen Beratung vorgebracht.¹⁸² Auch das Bundesgericht hat sich in seiner neueren Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, dass die betroffene Person sich befreien könne, indem sie entweder das Fehlen der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation *oder* die *rechtmässige Herkunft* der Guthaben nachweise.¹⁸³ Ebenso will ein Teil der Lehre den Nachweis der legalen Herkunft der Vermögenswerte genügen lassen.¹⁸⁴ Begründet wird dies hauptsächlich damit, dass der Nachweis der fehlenden Verfügungsmacht im Sinne einer negativen Tatsache praktisch nur schwer zu führen sei.¹⁸⁵

Noch wenige Jahre zuvor hatte das Bundesgericht explizit festgehalten, dass der Nachweis der legalen Herkunft allein nicht zu einer Widerlegung der Beweisvermutung führe. Dies sei nur der Fall, wenn mit diesem Nachweis die fehlende Herrschaftsmacht der Organisation belegt werden könne.¹⁸⁶ Auch ein Teil der Lehre zweifelt an, ob der Nachweis der legalen Herkunft mit dem Wortlaut und der Konzeption von Art. 72 Satz 2 StGB überhaupt vereinbar ist.¹⁸⁷ Zu Recht wird darauf

59

¹⁸¹ Botschaft, BBl 1993 III, 320.

¹⁸² Votum Moritz Leuenberger, AmtlBull NR 1994, 66: «Wie kann sich der Betroffene, also der Vermieter, von dieser Vermutung wieder befreien? Zunächst einmal kann er das nicht mit dem Beweis tun, dass er selbst die Verfügungsmacht über den Gegenstand habe, auch nicht damit, dass dieser Vermögenswert rechtlich gesehen ihm gehöre. Denn es wird in dieser Branche oft mit Strohmännern gearbeitet; gerade diesem Strohmänner-Effekt will man mit dieser Vermutung beikommen. Vielmehr kann er sich in erster Linie dadurch befreien, dass er sagt und nachweist, diesen Vermögenswert selbst legal erworben zu haben».

¹⁸³ BGE 136 IV 4, E. 5 = Praxis 2010 Nr. 105, E. 5 («L'intéressé peut se libérer en démontrant l'origine licite des avoirs, mais aussi l'absence de pouvoir de disposition de l'organisation criminelle.») unter Verweis auf CASSANI, Sem.jud. 2009, 249; BGer, Urteil 6B_144/2011 vom 16. September 2011, E. 6.3.2 («La presunzione dell'art. 72 CP può essere rovesciata dimostrando l'origine lecita degli averi o l'assenza di potere di disposizione dell'organizzazione criminale»).

¹⁸⁴ FORSTER (1998), Fn. 194; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 3.

¹⁸⁵ BGE 136 IV 4, E. 5 = Praxis 2010 Nr. 105, E. 5 («S'agissant d'un fait négatif, cette dernière ne peut que difficilement être rapportée, par exemple lorsqu'il est démontré que l'organisation ne pourrait avoir accès aux valeurs qu'en commettant de nouvelles infractions [...] L'affirmation de la recourante qu'elle serait la seule à disposer des fonds ne saurait en tout cas suffire, puisque selon la demande d'entraide, Simone Ovide Duvalier serait elle-même impliquée, en tant qu'épouse de François Duvalier et mère de Jean-Claude Duvalier, dans l'organisation criminelle»); BGer, Urteil 6B_144/2011 vom 16. September 2011, E. 6.3.2 («Tuttavia, trattandosi di un fatto negativo, quest'ultima può essere provata difficilmente [...]»); ARZT, AJP 1993, 1192 («Wie soll der Betroffene die Vermutung widerlegen? Die geheimnisvolle Organisation wird schwerlich sich im Zeugenstand für einen Entlastungsbeweis zur Verfügung stellen»).

¹⁸⁶ BGer, Urteil 1B_79/2007 vom 27. November 2007, E. 4; BGer, Urteil 1S.16/2005 vom 7. Juni 2005, E. 2.2.

¹⁸⁷ ARZT, AJP 1993, 1192 («Der Entlastungsbeweis ist jedoch nach dem ausdrücklichen Willen des Entwurfs nicht durch Nachweis legalen Erwerbs zu führen [denn dann wäre man wieder bei der

hingewiesen, dass das Abstellen auf die legale Herkunft im Widerspruch zum Grundgedanken der Einziehung nach Art. 72 StGB steht, die gerade nicht an die deliktische Herkunft, sondern an die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation anknüpfen will.¹⁸⁸ Würde man den systemwidrigen Nachweis der legalen Herkunft der Vermögenswerte ausreichen lassen, müsste man dies auch für die der kriminellen Organisation eindeutig zuordenbaren Vermögenswerte gelten lassen, was dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen würde.¹⁸⁹ Auch faktisch dürfte sich oftmals eine Klärung der Herkunft des Vermögens als nicht viel einfacher als der Nachweis der fehlenden Verfügungsmacht erweisen.¹⁹⁰

- 60 Zutreffend ist, dass die neue Rechtsprechung, wonach der Beweis des Gegenteils der legalen Herkunft genüge, weder mit dem Gesetzestext noch mit dem gesetzgeberischen Konzept in Einklang zu bringen ist, wonach Vermögenswerte in der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation unabhängig vom Nachweis deliktischer Herkunft einzuziehen sind. Allerdings wurde oben bereits dargelegt, dass auch die Idee der Verfügungsmacht der Organisation auf einer gesetzgeberischen Fehlvorstellung beruhe. An dieser Stelle zeigt sich nun das volle Ausmass dieser Fehlkonzeption, indem vom betroffenen privaten Vermögensinhaber ein Beweis verlangt wird, der schlechterdings nicht zu führen ist. Damit kann hier nur wiederholt werden, was bereits eingangs gefordert wurde: Art. 72 StGB ist *de lege ferenda* ersatzlos zu streichen.¹⁹¹

3. Beweisumfang

- 61 Dem soeben dargestellten Beweisdilemma wird dadurch zu begegnen versucht, dass die Anforderungen an den Beweis des Gegenteils verringert werden. Gemäss einem Teil der Lehre soll bei einem derartigen Wechsel der Beweislast auf eine private Person die Schwelle des Beweises des Gegenteils nicht allzu hoch angesetzt werden.¹⁹² SCHMID will etwa bei der Beteiligung nach der Intensität der Be-

– viel sinnvoller – Vermutung illegalen Erwerbs!]); PAVLIDIS (2012), 231; STRATENWERTH, AT II², § 13 N 137; TSCHIGG (2003), 114; differenzierend Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 203, der den Nachweis legalen Erwerbs nur bei Nebenfiguren der kriminellen Organisation zulässt und allgemein bei den Anforderungen an den Beweis des Gegenteils nach der Intensität der Beziehung zur Organisation differenziert.

- 188 ACKERMANN/D'ADDARIO DI PAOLO, fp 2010, 181; BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 11; DANNACHER, AJP 2009, 291; TSCHIGG (2003), 114 f., die festhält, dass das Konzept von Art. 72 StGB nicht nachträglich «durch die Hintertür des Beweisthemas» mit dem Herkunftsprinzip «verwässert» werden sollte.

- 189 STRATENWERTH, AT II², § 13 N 137.

- 190 Vgl. Votum BR Arnold Koller, AmtlBull NR 1994, 67: «Denken Sie nur an sich selber: Würde es Ihnen allen gelingen, beispielsweise für Fährmis, die wir haben, also für Bilder, für Kunstgegenstände oder für Möbel, den Nachweis des legalen Erwerbs zu erbringen? Für mich persönlich wäre das auf jeden Fall sehr, sehr schwierig»; vgl. auch Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 132.

- 191 Vgl. vorne N 3.

- 192 ENGEWALD-DANNACHER, AJP 2009, 291; KUNZ, plädoyer 1/1996, 36 f.; PAVLIDIS (2012), 232; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 3; Schmid EOVG²–SCHMID,

ziehung differenzieren und grundsätzlich für das Gelingen des Beweises des Gegenteils ein *erhöhtes Glaubhaftmachen* dafür, dass keine Verfügungsmacht der kriminellen Organisation bestand, genügen lassen.¹⁹³ Je höher die einziehungsbedingte Person innerhalb der kriminellen Organisation stehe, umso höhere Beweisforderungen seien an den Beweis der fehlenden Verfügungsmacht der Organisation zu stellen.¹⁹⁴

Eine solche Abstufung der Beweisforderungen ist jedoch abzulehnen. Der Gesetzeswortlaut lässt nämlich keinerlei Differenzierung zwischen den führenden Persönlichkeiten einer kriminellen Organisation, deren Zuhilfenahmenden oder den blossen Mitläufern zu. Eine solche Aufweichung des Wahrscheinlichkeitsgrads hätte auch eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge.¹⁹⁵ *De lege lata* führt deshalb kein Weg daran vorbei vom Betroffenen den *Vollbeweis* dafür zu verlangen, dass seine Vermögenswerte nicht der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen.¹⁹⁶ Dass dieser Beweis *de facto* kaum zu führen ist, wiegt bei der sogleich zu besprechenden Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung als gewichtiges Argument zugunsten des Beweisbelasteten.

62

4. Unschuldsvermutung

Es wurde bereits dargelegt, dass die *Vermutung der Verfügungsmacht* gegen die Unschuldsvermutung verstossen kann, wenn dem Einziehungsbedingten nicht unter Einräumung sämtlicher Verteidigungsrechte in einem öffentlichen Verfahren die Beteiligung oder Unterstützung gemäss Art. 260^{ter} StGB nachgewiesen wird.¹⁹⁷

63

Art. 70–72 StGB N 206; DERS., ZStrR 1995, 354 unter Verweis auf EGMR Urteil i.S. Salabiaku gg. Frankreich (10519/83) vom 7. Oktober 1988 sowie EGMR Urteil i.S. Pham Hoang gg. Frankreich (13191/87) vom 25. September 1992.

¹⁹³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 206; DERS., ZStrR 1995, 353 f.; vgl. auch KUNZ, plädoyer 1/1996, 36 f.

¹⁹⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 206; DERS., ZStrR 1995, 354; auch der Bundesrat versuchte im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich des Umfangs des Beweises des Gegenteils Gegensteuer zu geben, s. etwa Votum Arnold Koller, AmtlBull NR 1994, 67: «Bedeutungsvoller ist dagegen der Nachweis legalen Erwerbs durch den Betroffenen. Bei eher untergeordneten Mitgliedern oder Helfern von Verbrechensorganisationen wird dieser Nachweis im allgemeinen ausreichen, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Anders wird es sich dagegen im Regelfall bei den Hauptakteuren der Organisation verhalten; hier muss man davon ausgehen, dass diese Hauptakteure durchaus auch legal erworbene Vermögen für die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation bereithalten. Aus diesem Grunde reicht hier, also bei Mafiosi, der blosser Nachweis legalen Erwerbs zur Verhinderung der Einziehung noch nicht aus»; vgl. auch ARZT, AJP 1993, 1192; KUNZ, plädoyer 1/1996, 36 f.

¹⁹⁵ STRATENWERTH, AT II², § 13 N 137.

¹⁹⁶ So auch TSCHIGG (2003), 117, die aber gleichwohl konstatiert, dass nicht jedes einzelne Indiz voll bewiesen werden müsse und die Intensität der Beziehung des einzelnen Betroffenen zur kriminellen Organisation respektive die von ihm ausgeübte Funktion «sicher auch von grosser Bedeutung» sei; vgl. auch den fehlgeschlagenen Beweis des Gegenteils in BStGer, Urteil BB.2015.77 vom 8. Dezember 2015, E. 3.4.2.

¹⁹⁷ Vgl. vorne N 53.

Hier geht es um die Frage, wie sich die Umkehr der Beweislast in Art. 72 Satz 2 StGB zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 2 StPO verhält.

- 64 Zunächst ist zu beurteilen, ob diese Beweislastumkehr in den *Geltungsbereich* der Unschuldsvermutung fällt. Nach der Botschaft stehe jede Beweislastumkehr prinzipiell «in einem gewissen Spannungsverhältnis» zur Unschuldsvermutung. Die Frage von strafrechtlicher Schuld oder Nichtschuld sei jedoch nicht das Thema der mit Artikel Art. 72 StGB vorgeschlagenen Beweisvermutung, weshalb Artikel 6 Ziffer 2 EMRK nicht unmittelbar zur Anwendung komme. Die Bestimmung regle ausschliesslich die Frage, wem die Verfügungsmacht über bestimmte Vermögenswerte zufalle.¹⁹⁸ Auch ROBERTA TSCHIGG macht geltend, dass nur Sanktionen repressiver Natur in den Geltungsbereich der Unschuldsvermutung fielen. Daher sei die Vermögenseinziehung nach Art. 72 StGB, die ihrer Meinung nach rein präventiver Natur sei, bereits von deren Geltungsbereich ausgenommen.¹⁹⁹
- 65 Dem ist zu widersprechen. Der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung ist hier betroffen. Das Argument, wonach es bei Art. 72 StGB nicht um einen Schuldnachweis, sondern um eine rein präventive Massnahme gehe, wurde bereits bei anderen Einziehungsmassnahmen herangezogen, um die Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung zu verneinen. So wird etwa bei der selbständigen Sicherungseinziehung geltend gemacht, diese sei eine reine Massnahme *in rem* und Art. 6 Ziff. 2 EMRK deshalb nicht anwendbar.²⁰⁰ Selbstverständlich ist die drohende Einziehung des gesamten Vermögens einer Person eine pönale Massnahme²⁰¹ *in personam*. Als repressive Sanktion wird die Bestimmung daher unzweifelhaft vom *Geltungsbereich* der Unschuldsvermutung erfasst.²⁰²
- 66 Als zweites ist zu beurteilen, ob die Beweislastumkehr in Art. 72 Satz 2 StGB mit der Unschuldsvermutung *materiell* vereinbar ist. Die Zuteilung der Beweislast ist massgebend durch den Grundsatz *in dubio pro reo* geprägt, wonach ein von den Strafverfolgungsbehörden nicht erbrachter Beweis zugunsten der betroffenen Person wirken muss; die Behörde hat grundsätzlich also die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.²⁰³ In der Botschaft wird ausgeführt, dass in der Beweislastumkehr «eine Abweichung vom Grundsatz [liegt], wonach die Strafverfolgungsorgane alle eine Sanktion begründenden Tatsachen zu beweisen haben.» Jedoch stelle die Durchbrechung dieses Prinzips kein Novum dar. Auch bei der üblen Nachrede gemäss Art. 173 StGB müsse dem Angeschuldigten die Unwahrheit seiner Äusserungen nicht nachgewiesen werden, sondern dieser habe zu seiner Entlastung den

¹⁹⁸ Botschaft, BBl 1993 III, 320.

¹⁹⁹ TSCHIGG (2003), 120 ff., die des Weiteren auch bei Anwendung der Unschuldsvermutung die Vereinbarkeit mit ihr bejaht.

²⁰⁰ Vgl. die Verweise bei THOMMEN, Art. 69 StGB N 85.

²⁰¹ Vgl. vorne N 18 ff.; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 190; TOPHINKE (2000), 247.

²⁰² TOPHINKE (2000), 247; s. dazu auch THOMMEN, Art. 69 StGB N 23 ff.; vgl. auch TSCHIGG (2003), 120.

²⁰³ BSK StPO²–TOPHINKE, Art. 10 N 19.

Wahrheitsbeweis erbringen.²⁰⁴ Ebenso findet sich ein Verweis auf die besitzrechtliche Regelung von Art. 930 ZGB, wo bei «zweideutigem Besitz» dem Besitzer die Pflicht auferlegt werde, den rechtmässigen Eigentumserwerb zu beweisen.²⁰⁵

Der Bundesrat kommt deshalb zum Schluss, dass Art. 72 Satz 2 StGB den vom Europäischen Gerichtshof formulierten Anforderungen genüge.²⁰⁶ Im Nationalrat wurde geltend gemacht, dass die Umkehr der Beweislast gerechtfertigt sei, weil es hier um die «wirklich <grossen Fische> unter den Kriminellen gehe»²⁰⁷. Der Ständerat erklärte die Beweislastumkehr kurzer Hand für verfassungskonform. Man hielt es einzig für notwendig hervorzuheben, dass nicht eine ganze Bank eingezogen werden könne, wenn deren Direktor eine kriminelle Organisation unterstützt.²⁰⁸

Der EGMR lässt Tatsachen- und Rechtsvermutungen unter bestimmten Voraussetzungen zu. In *Salabiaku gegen Frankreich*²⁰⁹ ging es um «versehentlichen» Schmuggel. Salabiaku führte am Flughafen statt eines erwarteten Pakets einen fremden Koffer aus, der 10 kg Cannabis enthielt.

Er wurde wegen Schmuggelns verurteilt, da Art. 392 des französischen Zollgesetzes die Vermutung aufstellt, dass derjenige strafrechtlich verantwortlich ist, in dessen Besitz die verbotenen Gegenstände gefunden werden. Der Gerichtshof hielt fest, dass solche Vermutungen von der EMRK nicht verboten würden. Sie müssten sich allerdings in angemessenen Grenzen halten, die betroffenen Rechtsgüter be-

²⁰⁴ Botschaft, BBl 1993 III, 319.

²⁰⁵ Botschaft, BBl 1993 III, 319.

²⁰⁶ Botschaft, BBl 1993 III, 320 (die vorgeschlagene Beweislastumkehr solle sich «auf das unabdingbare Mindestmass dessen, was für eine wirksame Bekämpfung organisierter Kriminalität notwendig ist» beschränken, weshalb kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK vorliege) unter Verweis auf EGMR Urteil i.S. Salabiaku gg. Frankreich (10519/83) vom 7. Oktober 1988, Ziff. 28 («*Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil [...] L'article 6 par. 2 [art. 6-2] ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense*») sowie auf EGMR Urteil i.S. Pham Hoang gg. Frankreich (13191/87) vom 25. September 1992, Ziff. 32 f.; vgl. auch BStGer, Urteil BB.2015.77 vom 8. Dezember 2015, E. 3.4.1.

²⁰⁷ Votum Nationalrat Luzi Stamm, AmtlBull NR 1994, 65 («*Ich habe ebenfalls darauf hingewiesen, dass es mir klar ist, dass es im Grunde genommen rechtsstaatlich bedenklich ist, wenn man die Beweislast umkehrt, wenn man die Strafbarkeit ausweitet. Aber wenn nicht hier, wo denn sonst? Hier geht es um die wirklich <grossen Fische> unter den Kriminellen*»).

²⁰⁸ Vgl. Berichterstatter der Kommission, Ständerat Zimmerli, AmtlBull SR 1993, 981.

²⁰⁹ EGMR Urteil i.S. Salabiaku gg. Frankreich (10519/83) vom 7. Oktober 1988.

rücksichtigen und die Verteidigungsrechte sicherstellen.²¹⁰ Der EGMR stellte im erwähnten Fall keine Verletzung der Unschuldsvermutung fest.²¹¹

- 70 Zu dieser EGMR-Rechtsprechung halten der Bundesrat und Teile der Lehre fest, dass die Vermutung der Verfügungsmacht in Art. 72 Satz 2 StGB in ihrem Anwendungsbereich eng auf das organisierte Verbrechen begrenzt sei. Weiter gebe die Bestimmung dem Betroffenen die Möglichkeit zur Widerlegung der Vermutung und lasse den Gerichten die volle Freiheit der Beweiswürdigung.²¹² Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass eine Beweislastumkehr dann legitim sei, wenn diese an ein vom Staat zu beweisendes bewusst riskantes Verhalten anknüpft.²¹³ Andere Stimmen äussern Zweifel, ob die Beweislastumkehr mit der Unschuldsvermutung vereinbar sei.²¹⁴
- 71 Letzterer Meinung ist zuzustimmen. Art. 72 Satz 2 StGB steht mit der Unschuldsvermutung in einem unvereinbaren Widerspruch. Beim Hinweis auf den Entlastungsbeweis bei der üblen Nachrede unterschlägt der Bundesrat, dass auch dort die Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung in Zweifel gezogen wird.²¹⁵ Dass «grosse Fische» betroffen sind, ist kein Argument dafür die Unschuldsvermutung ausser Kraft zu setzen. Im Gegenteil, zumal für diese Personen besonders viel auf dem Spiel steht. Auch die Anknüpfung an bewusst riskantes Verhalten ist kein taugliches Kriterium. Sonst könnte die Beweislast bei allen Vorsatzdelikten umgekehrt werden. Selbst wenn man die vom EGMR für die Einschränkung der Unschuldsvermutung aufgestellten Kriterien für plausibel hält, sind diese vorliegend nicht gegeben. So gilt die Vermutung gerade nicht nur in angemessenen Grenzen. Zwar ist die Einziehungsregelung sachlich begrenzt auf Personen, welche die kriminelle Organisation unterstützt oder sich daran beteiligt haben, jedoch fehlt in

²¹⁰ EGMR Urteil i.S. Salabiaku gg. Frankreich (10519/83) vom 7. Oktober 1988, Ziff. 28; s. auch EGMR Urteil i.S. Pham Hoang gg. Frankreich (13191/87) vom 25. September 1992, Ziff. 33; DANNACHER, SJZ 2011, 486; kritisch zu diesen Kriterien TRECHSEL (2005), 168 ff.

²¹¹ EGMR Urteil i.S. Salabiaku gg. Frankreich (10519/83) vom 7. Oktober 1988, Ziff. 30; ebenfalls keine Verletzung der Unschuldsvermutung wurde im EGMR Urteil i.S. Phillips gg. Vereinigtes Königreich (41087/98) vom 5. Juli 2001 hinsichtlich der gesetzlichen Vermutung gemäss des *Drug Trafficking Acts 1994* festgestellt (Ziff. 28 ff.), vgl. aber dazu die *dissenting opinion* von Judge Sir Bratza.

²¹² Botschaft, BB1 1993 III, 320; PAVLIDIS (2012), 232; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 3 unter Verweis auf EGMR Urteil i.S. Raimondo gg. Italien (12954/87) vom 22. Februar 1994 sowie EGMR Urteil i.S. M. gg. Italien (12386/86) vom 15. April 1991.

²¹³ TRECHSEL (2005), 168 ff.; DERS., SJZ 1981, 320.

²¹⁴ DANNACHER, Anwaltsrevue 2009, 466; ENGEWALD-DANNACHER, AJP 2009, 291 («Diese Beweislastumkehr bricht mit einem fundamentalen strafrechtlichen Prinzip: in dubio pro reo wird missachtet»); STRATENWERTH/WOHLERS³, Art. 72 N 3; SCHMID, ZStR 1995, 349 («Inwieweit diese Beweislastumkehr mit der Unschuldsvermutung gemäss EMRK Art. 6 Ziff. 2 zu vereinbaren ist, sei hier nicht im einzelnen abgehandelt. Die Materialien sind diesbezüglich relativ unbekümmert. Angesichts gewisser pöner Elemente der Vermögensentziehung ist diese Beweislastverschiebung allerdings nicht ganz unproblematisch»); SHK StGB–VEST, Art. 260^{ter} N 77 («nicht ganz unproblematisch»); s. auch Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 190 («In jedem Fall ist diese Beweisregel auf das sachlich Notwendige und rechtsstaatlich Vertretbare zu beschränken»).

²¹⁵ SCHUBARTH (1984), Art. 173 N 63 f.

den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen jegliche Begrenzung: Das gesamte Vermögen dieser Personen ist betroffen. In der Sache wird damit die längst überwunden geglaubte allgemeine Vermögenseinziehung, die sog. *confiscatio generalis*, wieder eingeführt.²¹⁶

In Bezug auf das Kriterium der Verteidigungsrechte wird des Weiteren argumentiert, dass dieses Recht dadurch gewahrt würde, dass die betroffene Person die Möglichkeit habe, die gesetzliche Vermutung durch die Führung des Beweises des Gegenteils zu widerlegen.²¹⁷ Eine solche Begründung wird jedoch in Fällen problematisch, wo nur eine sehr eingeschränkte Möglichkeit der Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung besteht.²¹⁸ Genau dies ist bei der Beweislastumkehr im Rahmen von Art. 72 Satz 2 StGB aber der Fall. So wird vom Bundesgericht darauf hingewiesen, dass der Nachweis der fehlenden Verfügungsmacht im Sinne einer negativen Tatsache *praktisch nur schwer zu führen* ist.²¹⁹ Hinzu kommt, dass der leichter zu führende Beweis der legalen Herkunft der Vermögenswerte wie gesehen nicht Gegenstand des Beweises des Gegenteils sein kann.²²⁰ Eine Vereinbarung mit der Unschuldsvermutung mag so bei gewissen *Beweiserleichterungen* im Rahmen der Einziehung zulässig sein,²²¹ wenn der betroffenen Person eine reelle Möglichkeit offensteht, den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Nicht mit der Unschuldsvermutung kompatibel ist jedoch eine *strikte und nicht begrenzte Beweislastumkehr* wie diejenige in Art. 72 Satz 2 StGB.²²²

72

H. Rechtsfolge («Einziehung»)

Sind die Voraussetzungen von Art. 72 StGB erfüllt, verfügt das Gericht die Einziehung. Im Fall von unkörperlichen Vermögenswerten, wie z.B. Guthaben auf Bankkonten, die in den meisten Fällen bereits mit einer Sperre belegt wurden, erfolgt eine Zuweisung an den Staat. Bei Gegenständen führt die Verfügung zu einer formellen Enteignung.²²³

73

Fraglich ist, ob die Vermögenseinziehung nach Art. 72 StGB einen verhältnismässigen Eingriff in die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV darstellt. Teilweise wird vertreten, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zur

74

²¹⁶ Vgl. dazu THOMMEN, Art. 69 StGB N 138, 340.

²¹⁷ TSCHIGG (2003), 125.

²¹⁸ Vgl. ESSER (2002), 743.

²¹⁹ BGE 136 IV 4, E. 5 = Praxis 2010 Nr. 105, E. 5 («*S'agissant d'un fait négatif, cette dernière ne peut que difficilement être rapportée [...]*»); BGer, Urteil 6B_144/2011 vom 16. September 2011, E. 6.3.2 («*Tuttavia, trattandosi di un fatto negativo, quest'ultima può essere provata difficilmente [...]*»); ARZT, AJP 1993, 1192; SCHMID, ZStrR 1995, 354.

²²⁰ Vgl. vorne N 60.

²²¹ BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 9.

²²² BSK StGB I³–BAUMANN, Art. 72 N 9; DERS., fp 2011, 348.

²²³ Vgl. THOMMEN, Art. 69 StGB N 126; zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2359; wie hier BSK BV–WALDMANN, Art. 26 N 87.

Anwendung gelangen soll.²²⁴ Dem ist zu widersprechen, handelt es sich doch beim Grundsatz der Verhältnismässigkeit um ein verfassungsmässiges Grundprinzip, welches alles staatliche Handeln bindet (Art. 5 Abs. 2 BV).²²⁵ Wie aufzuzeigen ist, verstösst Art. 72 StGB gegen dieses Prinzip. Die Gesamtvermögensentziehung mag zwar noch geeignet sein, ihren Zweck zu erreichen: Der kriminellen Organisation wird so das Betriebskapital entzogen. Bereits deren Erforderlichkeit erscheint aber zweifelhaft, wären doch weniger einschneidende Massnahmen denkbar. In der Lehre wird hier etwa die Vermögensbeistandschaft erwähnt.²²⁶ Spätestens die Verhältnismässigkeit i.e.S.²²⁷ ist nicht gegeben. Die Erreichung des gesteckten Ziels steht nämlich in keinem Verhältnis zu den beim Privaten eintretenden Eingriffswirkungen. Die Einziehung *sämtlicher* Vermögenswerte ist klarerweise *unzumutbar*. *De facto* wird dem Einziehungsbetroffenen damit eine Busse in unbegrenzter Höhe auferlegt.

- 75 Die Gesamtkonfiskation verletzt wohl auch den Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV) der Eigentumsgarantie in seiner menschenrechtlichen Dimension (Schutz des Eigentums als Basis menschenwürdigen Daseins)²²⁸. Soweit nämlich mit der Einziehung das ganze Vermögen einer Person konfisziert werden kann, ist möglicherweise die Eigentumsordnung in ihren Grundzügen, jedenfalls aber der Einzelne in seiner Existenz in Frage gestellt.²²⁹ Dies ist für Art. 72 StGB zu bejahen, wird der Einziehungsbetroffene doch in aller Regel durch die Einziehung seiner gesamten Vermögenswerte – und nicht nur einzelner Gegenstände – im Sinne einer *confiscatio generalis* in seinem Dasein bedroht.²³⁰ In diesem Sinne ist wohl auch ARZT zu interpretieren, wonach dem Betroffenen die Rechtsfähigkeit aberkannt werde (Art. 11 ZGB).²³¹ Im Ergebnis erweist sich Art. 72 StGB daher als verfassungswidrige Einschränkung der Eigentumsfreiheit.

I. Verjährung

76

²²⁴ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129 («die besonderen Voraussetzungen von StGB 69 [künftige Gefährlichkeit; Verhältnismässigkeit] sind hier nicht nachzuweisen»).

²²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 517.

²²⁶ TSCHIGG (2003), 93.

²²⁷ SGK BV³–SCHWEIZER, Art. 36 N 40.

²²⁸ SCHEFER (2001), 294 («Eigentum kann für die Persönlichkeit des Einzelnen von existenzieller Bedeutung sein. Die Möglichkeit, über minimale materielle Grundlagen verfügen zu können, ist unabdingbare Voraussetzung für ein menschenwürdiges Dasein. Ein verfassungsrechtlicher Weg, solche Verfügungsmacht zu sichern, bietet das Institut des Privateigentums»).

²²⁹ Vgl. THOMMEN, Art. 69 StGB N 340 f.

²³⁰ Vgl. etwa Art. 7 Constitution de la république et du canton de Genève vom 24. Mai 1847: «La confiscation générale des biens ne peut être établie; le séquestre des biens des accusés et des condamnés contumaces ne peut avoir lieu», zitiert nach: BAUMANN (1907), 20 f.; vgl. auch THOMMEN, Art. 69 StGB N 340.

²³¹ So etwa ARZT, AJP 1993, 1192.

Art. 72 StGB enthält selbst keinerlei Verjährungsbestimmungen. Der Expertenausschuss hatte sich bei der Beratung grundsätzlich für eine Unverjährbarkeit dieser Einziehungsart ausgesprochen.²³² In der Lehre wird Art. 70 Abs. 3 StGB analog angewendet,²³³ wonach das Recht zur Einziehung nach sieben Jahren verjährt. Ist die Verfolgung der Straftat einer längeren Verjährungsfrist unterworfen, so findet diese Frist auch auf die Einziehung Anwendung. Diesem Analogieschluss ist zu folgen, stellt er doch für den Einziehungsbetroffenen eine mildere Massnahme als die Unverjährbarkeit dar. Da die Einziehung nach Art. 72 StGB an der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation an den betreffenden Vermögenswerten anknüpft, ist die Verjährung entsprechend den Dauerdelikten gemäss Art. 98 lit. c StGB zu bestimmen; sie beginnt entsprechend mit dem Ende der Verfügungsmacht bzw. mit dem Austritt des Einziehungsbetroffenen aus der kriminellen Organisation zu laufen.²³⁴ Fraglich ist nun, welche konkrete Verjährungsfrist zur Anwendung gelangt. NIKLAUS SCHMID geht von einer 15-jährigen Frist gestützt auf Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 260^{ter} StGB aus. Da Art. 72 StGB jedoch nicht an eine Anlasstat anknüpft, ist auf die generelle Frist von *sieben* Jahren gemäss Art. 70 Abs. 3 erster Teilsatz StGB abzustellen.²³⁵

J. Konkurrenz von Einziehungsbestimmungen

Art. 72 StGB kann auch die Einziehung von Gegenständen umfassen, die als Einziehungsobjekte eigentlich der Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB unterlägen (so etwa ein Fahrzeug, das von der kriminellen Organisation zum Drogen-transport verwendet wurde).²³⁶ Die Anwendung der Sicherungseinziehung neben oder anstatt der Einziehung gemäss Art. 72 StGB würde zu einem unnötigen Leerlauf führen: Wird das Fahrzeug der kriminellen Organisation, das für den Betäubungsmitteltransport verwendet wurde, nämlich nach Art. 69 StGB eingezogen und verwertet, wäre dem Eigentümer der Verwertungserlös herauszugeben.²³⁷ Da der Verwertungserlös jedoch wiederum der Verfügungsmacht der kriminellen Organisation unterläge, wäre dessen erneute Einziehung gemäss Art. 72 StGB möglich. Es ist daher legitim, Art. 69 StGB als subsidiär zu Art. 72 StGB zu betrachten. In einem solchen Fall der Einziehung nach Art. 72 StGB wäre zwar die künftige Gefährlichkeit des Einziehungsobjekts nicht mehr nachzuweisen, jedoch

77

²³² TSCHIGG (2003), 134 f., mit Verweis auf die jeweiligen Materialien; s. auch KUNZ, plädoyer 1/1996, 36.

²³³ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 223.

²³⁴ BGE 136 IV 12, E. 6.5; BGer, Urteil 6B_144/2011 vom 16. September 2011, E. 4.2; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 223; StGB PK²–TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 72 N 2.

²³⁵ Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 223.

²³⁶ So auch HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; Schmid EOVG²–SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129; DERS., ZStrR 1995, 346; BStGer, Urteil BB.2015.77 vom 8. Dezember 2015, E. 3.2.

²³⁷ S. dazu die Ausführungen bei THOMMEN, Art. 69 StGB N 342.

die Beteiligung oder Unterstützung der kriminellen Organisation.²³⁸ Entgegen NIKLAUS SCHMID²³⁹ muss die Verhältnismässigkeit der Einziehung auch hier weiterhin gegeben sein.

- 78 Denkbar wären auch Überschneidungen von Art. 72 mit Art. 70 Abs. 1 StGB bei der Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine individualisierte Straftat, bspw. ein Vermögensdelikt, erlangt worden sind und die geschädigte Person bekannt ist. Zwar kann in einem solchen Fall die Verfügungsmacht der kriminellen Organisation über die Vermögenswerte gegeben sein, doch geht hier Art. 70 Abs. 1 StGB als Grundsatznorm vor. Die Geschädigten haben das Recht auf Aushändigung der Vermögenswerte zwecks Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.²⁴⁰
- 79 Schliesslich kann noch eine Konkurrenz zur zivilrechtlichen Einziehung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB bestehen, gemäss der das Vermögen der wegen Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke aufgehobenen juristischen Person an das Gemeinwesen fällt. Die h.L. nimmt diesbezüglich an, dass Art. 72 StGB im Sinne einer Spezialbestimmung vorgeht, «wenn die juristische Person nicht nur widerrechtliche oder unsittliche Zwecke im zivilrechtlichen Sinn verfolgte, sondern sich bei ihrer Tätigkeit und insbesondere bei der Beschaffung von Betriebsmitteln (Eigen- und Fremdkapital) strafbar verhielt.»²⁴¹
- 80 Der Umstand, dass sämtliche anderen Einziehungsbestimmungen parallel anwendbar sind, zeigt wiederum, dass die Bestimmung von Art. 72 StGB ersatzlos gestrichen werden könnte.

²³⁸ HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129; DERS., ZStrR 1995, 346.

²³⁹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 129 («die besonderen Voraussetzungen von StGB 69 [künftige Gefährlichkeit; Verhältnismässigkeit] sind hier nicht nachzuweisen»).

²⁴⁰ HIRSIG-VOUILLOZ, AJP 2007, 1394; PC CP, Art. 72 N 8; Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 135; DERS., ZStrR 1995, 346; TSCHIGG (2003), 96; BSK StGB I³-BAUMANN, Art. 72 N 15, geht von einer analogen Anwendung von Art. 70 Abs. 1 StGB aus.

²⁴¹ Schmid EOVG²-SCHMID, Art. 70–72 StGB N 14 m.w.H.; vgl. auch KICK (1993), 168 ff., der von einer «Spezialeinziehung» spricht.